



MARISA APOLINÁRIO

O ESTADO REGULADOR: o novo papel do Estado

Análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo

O exemplo do sector da energia

Dissertação submetida à Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa para atribuição do Grau de
Doutor em Direito, especialidade de Direito Público
Orientador Científico: Professor Doutor José Manuel
Sérvulo Correia

Abril 2013

O ESTADO REGULADOR: o novo papel do Estado
Análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo
O exemplo do sector da energia

ÍNDICE

Resumo / Abstract	3
Plano da Investigação.....	5
Siglas e Abreviaturas	7

INTRODUÇÃO

<i>Ponto(s) de partida</i>	9
Objecto da investigação e outras questões metodológicas. Sequência	12
Modo de citar e outras considerações	16

PARTE I

Evolução dos modelos de intervenção do Estado na economia

Introdução.....	21
Capítulo 1. O Estado Liberal: “laissez faire, laissez passer”	27
1.1. A ideologia liberal	29
1.2. O liberalismo económico	33
1.3. Formas e instrumentos jurídicos de intervenção do Estado na actividade económica	37
Capítulo 2. O Estado Social: sob o signo da onnipresença	44
2.1. A defesa do Estado de bem-estar	46
2.2. O serviço público como símbolo da Administração prestadora	49
2.3. As novas formas jurídicas de intervenção do Estado na economia.....	53
2.4. A crise do Estado Social	60

Capítulo 3.	O aparecimento de um novo modelo de Estado na Europa: o Estado Regulador	65
3.1.	A influência decisiva do Direito Comunitário. Liberalização e Privatização	70
3.2.	(R)Evolução do conceito de serviço público	78
3.3.	O novo papel do Estado	87
3.3.1.	Regresso ao <i>laissez-faire, laissez-passer</i> ?	88
3.3.2.	Sob a (aparente) <i>ameaça</i> de retrocesso social.....	93
3.3.3.	Estado e sociedade. Os dados de uma nova relação	102
Capítulo 4.	O modelo americano de Estado Regulador	108
4.1.	A concepção do Estado na tradição americana	109
4.2.	O Estado Regulador americano. Crónica breve da sua evolução	113
4.2.1.	Primeira fase: final do século XIX	113
4.2.2.	Segunda fase: o movimento do <i>New Deal</i>	116
4.2.3.	Terceira fase: A desregulação da década de oitenta	119
4.2.4.	O Estado pós-regulador.....	124
4.3.	O papel das Comissões Reguladoras Independentes	128
Capítulo 5.	Em Portugal	138
5.1.	Natureza e tarefas do Estado à luz da Constituição.....	141
5.2.	Reserva do sector empresarial do Estado	145
5.3.	O princípio da subsidiariedade da intervenção económica pública	149
Capítulo 6.	Sinais de convergência entre sistemas administrativos	156

PARTE II

A Moderna Teoria Jurídica da Regulação de Serviços de Interesse Económico Geral

Introdução.....	169
Capítulo 1. Aproximação ao conceito de regulação	174
1.1. Um conceito, vários sentidos. Distinção de conceitos afins	174
1.2. Razões conceptuais para regular	180
1.2.1.A Teoria do Interesse Público.....	182
1.2.2.A Teoria dos Interesses Privados	187
1.2.3.Análise crítica	192
Capítulo 2. Regulação, Desregulação e Neoregulação	199
2.1. As falhas da regulação	202
2.2. Desregulação ou Neoregulação: uma falsa questão?.....	207
2.2.1.Os riscos da desregulação. A crise eléctrica da Califórnia de 2000/2001	211
2.2.2.A neoregulação no contexto das políticas da “Smarter regulation” e da “Better regulation”	219
2.3. Será a regulação transitória?	226
Capítulo 3. Quem regula?	233
3.1. Sistema regulatório multi-nível.....	237
3.2. A União Europeia como Estado Regulador (?)	242
3.2.1.O princípio da subsidiariedade: entre cooperação e centralização	245
3.3. Autoridades Reguladoras Independentes. Ponto(s) prévio(s)	261

3.3.1. A questão da legitimidade democrática	269
3.3.2. Quem regula os reguladores? O controlo político e jurisdicional.....	276
3.3.3. Co-operação entre Autoridades Reguladoras Independentes. Concorrência e dilemas regulatórios.....	291
Capítulo 4. O modelo europeu de regulação e o modelo americano. Algumas comparações	302

PARTE III

A evolução recente do Direito Administrativo Português no quadro do novo modelo de Estado Regulador

Introdução.....	317
Capítulo 1. Novas formas de regulação	323
Capítulo 2. Instrumentos regulatórios: novos ou velhos instrumentos jurídicos? ..	334
2.1. Novos instrumentos administrativos. <i>Soft law</i> Administrativo	339
2.1.1. Manifestações de <i>soft law</i> no Direito Administrativo Português..	347
2.1.2. O <i>soft law</i> e o princípio da subsidiariedade.....	353
2.2. Velhos instrumentos administrativos. Preliminar	355
Capítulo 3. O Regulamento Administrativo à luz da teoria da regulação	359
3.1. Autonomia regulamentar e lei: o reabrir de uma velha discussão	362
3.1.1. Os regulamentos das autoridades reguladoras independentes e a sua relação com a lei.....	367
3.2. Regulamento e restrições a direitos, liberdades e garantias	377
3.3. Regulamentos administrativos e relações entre particulares	383

Capítulo 4. O Acto Administrativo à luz da teoria da regulação.....	389
4.1. Os novos actos administrativos de controlo.....	393
4.1.1. Autorizações, licenças e concessões: em busca do critério de distinção perdido?	394
4.1.2. A autorização: uma figura em crise?.....	400
4.1.3. Algumas questões a propósito da modificação dos actos administrativos de controlo	416
Capítulo 5. O Contrato à luz da teoria da regulação.....	428
5.1. A figura do(s) contrato(s) regulatório(s)	431
5.1.1. O contrato regulatório e o contrato de concessão de serviços públicos	441
5.2. Modificação dos contratos regulatórios públicos. Uma nova formulação para a teoria do “fait du prince”	449
Capítulo 6. A mudança do papel do Estado e a evolução recente do Direito Administrativo Português. Síntese conclusiva.....	467

PARTE IV

O exemplo do sector da energia

Introdução.....	477
Capítulo 1. Criação de um Mercado Único de Energia.....	480
1.1. As três gerações de directivas europeias no sector da electricidade e do gás natural. Análise	484
Capítulo 2. O sector da energia em Portugal	497
2.1. Evolução do modelo de intervenção do Estado no sector da energia..	498
2.2. A liberalização do sector.....	506

2.2.1. Os princípios fundamentais	510
2.2.2. A separação de actividades.....	513
2.2.2.1. Separação entre actividades concorrenciais e actividades não concorrenciais.....	515
2.2.2.2. Os modelos alternativos de separação de actividades.....	522
2.2.3. O regime das actividades. Instrumentos jurídicos.....	527
2.2.3.1. A licença. O registo. A comunicação prévia.....	529
2.2.3.2. A concessão de serviço público. Crítica.....	533
2.2.4. As técnicas de liberalização	537
2.2.4.1. As obrigações de serviço público.....	538
2.2.4.2. O serviço universal	541
2.2.4.3. O direito de acesso de terceiros às redes.....	550
2.2.4.3.1. Relação com a doutrina das infra-estruturas essenciais	553
2.2.4.3.2. Derrogações	557
2.2.4.4. As tarifas reguladas	560
2.2.4.4.1. Forma de neoregulação: o acesso negociado no armazenamento subterrâneo de gás natural	566
2.2.5. O direito de propriedade e a liberdade de empresa: limitações.....	567
Capítulo 3. Os diferentes níveis de regulação.....	575
3.1. O nível supranacional. A Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (ACER).....	577
3.2. O nível nacional.....	582
3.2.1. A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).....	588
3.2.1.1. Atribuições e competências	589

3.2.1.2. Modelo institucional	591
3.2.1.3. Controlo político e jurisdicional	593

Capítulo 4. Qual o futuro da regulação do sector da energia em Portugal?

Análise crítica	595
-----------------------	-----

CONCLUSÃO

<i>Ponto(s) de chegada</i>	599
Dez Teses	603
Bibliografia	609
Índice.....	651

RESUMO

Nos últimos anos tem-se assistido a importantes transformações no âmbito do Direito Administrativo, grande parte das quais motivada por uma alteração do papel do Estado na economia e na sociedade contemporâneas. Essa alteração, ao invés de significar uma redução das funções do Estado, deu lugar ao aparecimento de um novo modelo de Estado: o Estado Regulador. A presente dissertação parte da análise desse novo modelo de Estado, no contexto dos movimentos de liberalização e de privatização dos tradicionais serviços públicos económicos prestados em rede, para, no quadro da moderna teoria jurídica da regulação, questionar de que forma a assunção de novas funções pelo Estado implica uma alteração dos conceitos, bem como dos instrumentos jurídicos usados pelo Direito Administrativo. A análise teórica é complementada pelo exame de um caso de estudo paradigmático fornecido pelo sector da energia português (electricidade e gás natural).

PALAVRAS-CHAVE: Estado Regulador, liberalização, privatização, regulação, serviços de interesse económico geral, energia

ABSTRACT

Over the last years, we have been witnessing vast transformations in Administrative Law, most of them driven by a change in the role of the State in the economy and contemporary society. This change, instead of entailing a reduction in State's functions, has been responsible for the development of a new model of State: the Regulatory State. This thesis departs from the analysis of this new model of State, in the broad context of liberalization and privatization of public utilities, particularly network industries. It then questions, through the frame of the modern legal theory of regulation, in what way the new functions taken over by the State lead to an alteration of concepts and legal instruments used by Administrative Law. This theoretical analysis is complemented by an examination of a paradigmatic case study, which is provided by the Portuguese energy sector (electricity and natural gas).

KEY-WORDS: Regulatory State, liberalization, privatization, regulation, public utilities, energy

PLANO DA INVESTIGAÇÃO

PARTE I

Evolução dos modelos de intervenção do Estado na economia

Capítulo 1. O Estado Liberal: “*laissez faire, laissez passer*”

Capítulo 2. O Estado Social: sob o signo da onnipresença

Capítulo 3. O aparecimento de um novo modelo de Estado na Europa: o Estado Regulador

Capítulo 4. O modelo americano de Estado Regulador

Capítulo 5. Em Portugal

Capítulo 6. Sinais de convergência entre sistemas administrativos

PARTE II

A Moderna Teoria Jurídica da Regulação de Serviços de Interesse

Económico Geral

Capítulo 1. Aproximação ao conceito de regulação

Capítulo 2. Regulação, Desregulação e Neoregulação

Capítulo 3. *Quem regula?*

Capítulo 4. O modelo europeu de regulação e o modelo americano. Algumas comparações.

PARTE III

A evolução recente do Direito Administrativo Português no quadro do novo modelo de Estado Regulador

Capítulo 1. Novas formas de regulação

Capítulo 2. Instrumentos regulatórios: *novos ou velhos instrumentos jurídicos?*

Capítulo 3. O Regulamento Administrativo à luz da teoria da regulação

Capítulo 4. O Acto Administrativo à luz da teoria da regulação

Capítulo 5. O Contrato à luz da teoria da regulação

Capítulo 6. A mudança do papel do Estado e a evolução recente do Direito Administrativo Português. Síntese conclusiva.

PARTE IV

O exemplo do sector da energia

Capítulo 1. Criação de um Mercado Único de Energia

Capítulo 2. O sector da energia em Portugal

Capítulo 3. Os diferentes níveis de regulação

Capítulo 4. Qual o futuro da regulação do sector da energia em Portugal? Análise crítica.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACER – Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia

AFE – Agência Ferroviária Europeia

CCP – Código dos Contratos Públicos

CMVM – Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários

CPUC – *California Public Utilities Commission*

DGEG – Direcção Geral de Energia e Geologia

ERGEG – Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

FERC – *Federal Energy Regulatory Commission*

GNL – Gás Natural Liquefeito

GRE – Grupo de Reguladores Europeus

ICC – *Interstate Commerce Commission*

ICP-ANACOM – ICP – Autoridade Nacional de Comunicações

IMTT, IP – Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, Instituto Público

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OIRA – *Office of Information and Regulatory Affairs*

OMB – *Office of Management and Budget*

ORECE – Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas

OSHA – *Occupational Safety and Health Administration*

OTI – Operador de Transporte Independente

RNT – Rede Nacional de Transporte de Electricidade

RNTGN – Rede Nacional de Transporte de Gás Natural

RNTIAT – Rede Nacional de Transporte, Infraestruturas de Armazenamento e Terminais de GNL

SEN – Sistema Eléctrico Nacional

SNGN – Sistema Nacional de Gás Natural

Tratado CE ou TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Ponto(s) de partida...

Não deixa de ser um desafio extremamente aliciante escrever sobre o novo papel do Estado num momento em que o mundo em geral, a Europa em particular, e Portugal em concreto, enfrentam problemas tão complexos, nomeadamente de ordem económico-financeira, mas também social, que nos levam precisamente a questionar qual deva ser o âmbito da intervenção pública na economia.

Com efeito, numa altura em que os défices públicos parecem ter atingido o seu limite absoluto, o debate sobre o que deve ser feito pelo Estado e o que deve ser deixado aos privados é não só inevitável, como necessário. Com isto não se faz mais, porém, do que retomar a velha discussão em torno da relação Estado / sociedade que desde há muito concentra a atenção de filósofos, políticos e de juristas.

Em termos jurídicos, estas questões projectam-se, essencialmente, ao nível do estudo de fenómenos como a liberalização e a privatização. Em causa estão áreas de estudo a que a doutrina administrativa vem dedicando particular atenção há já alguns anos ⁽¹⁾. Em termos nacionais, o tema da privatização tem merecido igualmente um grande interesse da parte da nossa doutrina, destacando-se, em concreto, no âmbito académico e ao nível das dissertações de doutoramento, os trabalhos de investigação de VITAL MOREIRA ⁽²⁾, MARIA JOÃO ESTORNINHO ⁽³⁾, PEDRO GONÇALVES ⁽⁴⁾ e SUZANA TAVARES DA SILVA ⁽⁵⁾.

Não obstante a publicação destas obras, subsiste até hoje, em nossa opinião, uma questão para a qual não foi dada, entre nós, uma resposta cabal: *perante o fenómeno generalizado da privatização a que temos assistido, qual o papel que resta ao Estado?*

É desta questão e da tentativa de lhe encontrar uma resposta que nasce a presente dissertação.

⁽¹⁾ A nível internacional, são conhecidos, entre muitos outros, os trabalhos de GIANDOMENICO MAJONE, TONY PROSSER, COLLIN SCOTT, ROBERT BALDWIN, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, SABINO CASSESE ou de GASPAR ARIÑO ORTIZ, para referir apenas alguns dos nomes mais importantes.

⁽²⁾ VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997 e VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

⁽³⁾ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1996.

⁽⁴⁾ PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005.

⁽⁵⁾ SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2008 e discutida em Junho de 2009, inédita.

Qualquer investigação, e sobretudo uma dissertação de doutoramento, tem de conhecer, no entanto, limites, sob pena de se tornar inesgotável e, dessa forma, inexequível, para além de que quanto maior for a dispersão dos temas a investigar, menor será também a objectividade dos resultados a que se chegar.

Tendo isto presente, a nossa investigação tem em vista, apenas, a transformação operada ao nível da prestação dos tradicionais serviços públicos económicos e, dentro destes, daqueles prestados pelas grandes indústrias de rede (como são as comunicações electrónicas, a energia, os serviços postais e os transportes ferroviários).

Trata-se de serviços essenciais para a vida em colectividade e que, por isso mesmo, desde cedo foram assumidos como sendo tarefas do Estado. A partir do momento em que os movimentos de liberalização e de privatização se espalharam pela maior parte dos países da Europa ocidental (no contexto do fenómeno mais vasto de construção do mercado interno potenciado pelo desenvolvimento do Direito Comunitário ⁽⁶⁾), assistiu-se, no entanto, a uma “despublicatio” destas tarefas e, com isso, à necessidade de repensar o papel do Estado no contexto de uma (nova) economia de mercado.

Estas mudanças políticas estão na origem da autonomização de uma nova função administrativa, a regulação, e com ela do aparecimento, em nossa opinião, de um novo paradigma de Estado, o Estado Regulador.

Desenganam-se, porém, aqueles que pensam que se trata de um regresso, puro e simples, ao *laissez-faire*, *laissez-passer* do período liberal. Com efeito, o novo Estado Regulador é mais do que um mero polícia da actividade dos particulares, estando antes vocacionado, através da sua acção, para orientar, influenciar, bem como condicionar a actividade económica dos agentes de mercado.

⁽⁶⁾ Mantivemos no texto a referência à expressão Direito Comunitário uma vez que, à data em que os movimentos de liberalização e de privatização irromperam na Europa, era esta ainda a designação usada. Com efeito, a instituição da União Europeia, pelo Tratado de Maastricht, data apenas de 1992. No entanto, só muito posteriormente começaram a adoptar-se outras designações em substituição daquela designação. Entre nós, FAUSTO DE QUADROS continuou, porém, a usar a designação Direito Comunitário para se referir à Ordem Jurídica da Comunidade Europeia, justificando esta opção pelo facto de o pilar comunitário ser o mais vasto e amplo dos três pilares, sendo a matriz da Comunidade Europeia a matriz principal de toda a União Europeia (FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia. Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 319). Já MARIA LUÍSA DUARTE embora aceitando que se continue a usar esta designação, adopta a designação Direito da União Europeia para se referir ao “conjunto de regras e princípios que regem a existência e o funcionamento da União Europeia” (*União Europeia. Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*, volume I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, p. 21). Tendo presente o que acabámos de descrever, optámos por manter a referência à designação Direito Comunitário, nomeadamente quando nos referimos ao período anterior a 1992 (sem sermos, no entanto, absolutamente rigorosos), optando pela terminologia Direito da União Europeia para o período posterior àquela data.

O novo Estado Regulador é, portanto, um verdadeiro Estado intervencionista, como foi o Estado Providência do século passado, mas distingue-se deste na medida em que se socorre de novos instrumentos e de novas técnicas jurídicas que privilegiam uma intervenção indirecta no mercado, ao contrário do período anterior em que essa intervenção era, sobretudo, directa (sendo o Estado ele próprio agente de mercado).

Deste modo, neste novo panorama, mais do que assimilar todo um novo vocabulário e uma nova gramática, importa, acima de tudo, fazer o levantamento das principais mudanças que estas transformações acarretam ao nível das formas do agir administrativo, para depois fazer a sua problematização.

É esse o objectivo da nossa investigação, o qual esconde, por sua vez, um outro, de âmbito mais geral: *descobrir de que forma estas transformações põem em causa o modelo de Estado e o modelo de Direito Público que conhecíamos até aqui.*

Do que se trata, portanto, em última análise, é de saber em que medida as transformações ocorridas na relação entre o Estado e a sociedade, no final do século XX, início do século XXI, correspondem ao início da decadência do Estado como forma de organização do poder político, pondo em causa a existência do próprio Direito Público ou, pelo contrário, constituem antes uma mudança de estratégia, no sentido de uma reinvenção do Estado e de uma completa metamorfose do Direito Público.

Vivemos hoje num mundo em que as tradicionais fronteiras (geográficas, económicas, políticas, sociais, culturais, tecnológicas) não só não são as mesmas de há trinta anos atrás, como deixaram mesmo de existir nalguns casos. A globalização deixou, assim, de ser um “chavão” para ser, cada vez mais, a cada dia que passa, uma evidência.

Ora, o Direito, como disciplina que rege as relações entre os indivíduos, não podia ficar, nem ficou, indiferente a todas estas transformações. E a regulação é disso um bom exemplo, ao ultrapassar, primeiro, a tradicional distância (jurídica) que separava a Europa dos Estados Unidos e, depois, ao espalhar-se pelos Estados-Membros, através do Direito Comunitário, sem atender aos sistemas administrativos nacionais já instituídos. Existe, porém, ainda outra fronteira, esta porventura não tão visível, que no início do século XXI, a regulação se prepara também para derrubar: a fronteira que separa o Direito Público do Direito Privado.

São estas transformações que iremos analisar, de forma crítica, ao longo das páginas seguintes.

Objecto da investigação e outras questões metodológicas. Sequência.

O tema objecto da presente investigação é, conforme enunciámos nas páginas anteriores, o estudo da transformação do papel do Estado na perspectiva da sua relação com o mercado. Trata-se de um assunto que reveste não só inegável importância teórica, mas também prática, sobretudo no contexto das actuais crises económico-financeiras vividas pela maioria dos Estados ocidentais e de que Portugal não é excepção.

Com efeito, num momento em que, em face do crescimento avassalador da dívida pública, se discute, nos mais diversos quadrantes (político, económico e social), a necessidade de repensar o papel do Estado, (re)definindo as funções que lhe cabe exercer por contraposição com as funções que devem ser reservadas aos privados, a presente investigação tem o interesse de aliar ao desafio teórico que representa o estudo destas questões da perspectiva das transformações recentes do Direito Administrativo, o desafio, que não é menor, de estudar um assunto com enorme relevância prática.

O estudo que aqui empreendemos é feito apenas da perspectiva do Direito Administrativo e da sua evolução recente. Outras análises poderiam, no entanto, ser feitas, da perspectiva de outros ramos do Direito e inclusivamente de outras ciências sociais, como a ciência política ou a sociologia; não é esse, porém, o nosso propósito. Em todo o caso, a análise que levamos a cabo tem alguns pontos de contacto, como não podia deixar de ser, dadas as implicações do objecto da nossa investigação, com o Direito Constitucional (nomeadamente ao nível das funções e das tarefas do Estado) e com o Direito Comunitário e o Direito da União Europeia (designadamente ao nível das políticas de liberalização e de privatização que enformam o objectivo da construção do mercado interno comum).

Os objectivos da nossa investigação consistem, assim, em analisar qual o papel que *resta* ao Estado num cenário de liberalização e de privatização de serviços públicos concretos, como as comunicações electrónicas, a energia, os serviços postais e os transportes ferroviários, e de que modo esse novo papel transforma as tradicionais formas de actuação administrativa.

Para o efeito, e de forma a orientar a nossa investigação, partimos das seguintes perguntas:

- (i) em que consiste o novo papel do Estado Regulador (Parte I)?;
- (ii) em concreto, qual é esse papel e que desafios é que o mesmo enfrenta ao nível do domínio dos tradicionais serviços públicos económicos prestados em rede (Parte II)?; e, *finalmente*,

- (iii) de que forma é que este novo modelo de Estado transforma o Direito Administrativo português (Parte III)?

Deste modo, cada parte da presente dissertação procura responder a uma destas perguntas.

Na primeira parte, analisa-se a evolução das formas de intervenção do Estado na economia, partindo do modelo de Estado Liberal e passando pelo modelo de Estado Social. Examinam-se, em particular, as formas e os instrumentos jurídicos de que o poder público se socorreu, em cada momento, para cumprir as suas funções, as quais variaram também consoante as épocas históricas até chegar ao modelo actual que, em nossa opinião, e conforme já referimos acima, configura um novo modelo: o de Estado Regulador. Neste ponto, é preciso esclarecer que não se questiona se o modelo de Estado Regulador é melhor ou pior do que os modelos anteriores de Estado Liberal ou de Estado Social. Não é essa a nossa intenção. O que pretendemos é, apenas, analisar, de forma objectiva, as características de um novo paradigma de Estado que, em nosso entender, resultam de um conjunto de evidências e de alguns factos concretos.

Da mesma forma, é preciso que se explique também que a análise do modelo americano de Estado Regulador, incluída igualmente nesta primeira parte da nossa dissertação, não é feita tendo em vista a transposição desse modelo para o nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o objectivo é, neste caso, apenas o de estudar o contexto concreto em que nasceu e se desenvolveu aquele que é considerado o modelo mais evoluído de Estado Regulador, de forma a poder daí retirar ilações, seja no sentido da sua aproximação, seja do seu distanciamento, relativamente ao nosso modelo de Estado Regulador e ao nosso sistema administrativo.

A segunda parte da dissertação é dedicada, por sua vez, à moderna teoria jurídica da regulação de serviços de interesse económico geral, procurando-se desvendar em que consiste, afinal, essa função administrativa que é a regulação, sobretudo quando aplicada a sectores específicos como são as indústrias de rede. Para o efeito, procede-se ao exame crítico das teorias da regulação (nomeadamente da teoria normativa e da teoria positiva da regulação), bem como ao estudo de conceitos como “desregulação”, “neoregulação”, “better regulation” ou “smarter regulation” que, apesar de relativamente incipientes entre nós, se revelam fundamentais em matéria de elaboração de uma proposta para o sistema regulatório nacional.

Ficam, assim, evidentes, nesta parte da dissertação, as íntimas relações que a regulação potencia entre teoria económica e direito, condensadas na disciplina da Análise Económica do Direito a que recorremos sempre que necessário.

Esta parte da dissertação inclui ainda também uma análise do quadro institucional regulatório vigente entre nós, que se caracteriza pela existência de vários níveis de regulação (vertical e horizontal), o que potencia não só conflitos, mas também desafios regulatórios quer a nível nacional, quer inclusivamente a nível comunitário.

Finalmente, terminamos esta parte com a realização de algumas comparações entre o modelo europeu de regulação e o modelo americano, com o que completamos o estudo feito na primeira parte sobre o modelo americano de Estado Regulador e sobre a existência de sinais de convergência entre o sistema administrativo franco-germânico e o sistema administrativo anglo-americano.

Em relação à terceira parte da dissertação, que se assume ser a parte central da nossa investigação, procedemos ao levantamento e respectiva problematização das principais transformações que, em nossa opinião, resultam para a ciência do Direito Administrativo do novo modelo de Estado.

Nesta parte colocou-se com maior acuidade a questão do método escolhido tendo em conta os objectivos que tínhamos em vista.

Assim, e uma vez que a nossa intenção era “descobrir” em que medida e de que forma ou formas o novo modelo de Estado Regulador transformou o Direito Administrativo português, resolvemos partir da análise do quadro jurídico dos diferentes sectores económicos essenciais que elegemos (comunicações electrónicas, electricidade, gás natural, serviços postais e transportes ferroviários) ⁽⁷⁾ para identificar, num primeiro momento, as principais transformações jurídicas ocorridas ou em curso comuns aos vários sectores objecto de estudo, e fazer depois, num segundo momento, a sua problematização à luz do novo papel do Estado.

Não nos limitámos, assim, a realizar uma mera análise descritiva da legislação aplicável àqueles sectores, tendo procurado ir mais longe, contextualizando, em termos históricos, económicos e políticos, novos e velhos instrumentos e técnicas jurídicas. Com efeito, só desta forma será possível compreender, em toda a sua extensão, o âmbito, bem como o alcance das novidades encontradas.

Finalmente, a quarta e última parte da dissertação pretende, através do exame de um caso de estudo - o sector da energia (electricidade e gás natural) -, ilustrar as

⁽⁷⁾ A qual envolveu não só a análise e interpretação de diplomas legislativos, mas também de outros elementos (por exemplo, contratos de concessão, estatutos de empresas e protocolos).

transformações verificadas quer ao nível do papel do Estado, quer do Direito Administrativo português, ainda que circunscritas a um sector concreto.

Deste modo, ao conciliarmos o tratamento teórico, com a abordagem prática do tema do Estado Regulador e das suas novas funções no âmbito do sector da energia, não só evidenciamos que a pesquisa em direito não está limitada aos métodos tradicionais, como demonstramos também que são possíveis novos campos de reflexão no domínio do Direito Administrativo.

Neste particular, este sector revela-se paradigmático, não apenas pela sua importância relativa, mas também pela sua evolução recente e pelos desafios que a mesma coloca. Efectivamente, ao longo dos últimos seis anos, e por influência do Direito da União Europeia, o sector sofreu uma profunda reestruturação, tendo passado de um sector organizado sob a forma de monopólio, com uma forte presença pública, para um sector a caminho da completa liberalização (e privatização).

Em suma, com a presente investigação pretendemos:

- a) Demonstrar que o abandono da actividade empresarial pelo Estado, bem como o fim de certos monopólios públicos, ao mesmo tempo que se traduziram numa revitalização do mercado, provocaram também a autonomização de uma nova função administrativa: a regulação.
- b) Demonstrar que a regulação aproxima, de uma forma completamente inovadora, o sistema administrativo de tipo francês ou de administração executiva do sistema administrativo anglo-saxónico (seja ao nível das funções do Estado, seja em termos de instrumentos jurídicos ou da organização administrativa);
- c) Demonstrar a existência de uma descentralização da regulação que está associada a uma nova compreensão do princípio da subsidiariedade (vertente horizontal e vertente vertical).
- d) Demonstrar que a assunção pelo Estado de uma “nova” função de regulação leva a uma “redefinição” de velhos instrumentos jurídicos (como o regulamento, o acto administrativo e o contrato), bem como à introdução no Direito Administrativo de novos conceitos próprios de outros ramos do Direito (como, por exemplo, o conceito de “soft law”).
- e) Ilustrar os resultados da investigação teórica com a análise prática do caso de estudo do sector da energia.
- f) Usar a análise, bem como o trabalho de investigação realizado para questionar de que forma o conjunto de alterações estudado representa uma mera adaptação do Direito Administrativo às novas realidades económicas e sociais ou

indicia algo mais complexo como uma verdadeira revolução do Direito Público contemporâneo.

Modo de citar e outras considerações

As obras (monografias e artigos) são identificadas, sempre que surgem citadas pela primeira vez no texto, de forma integral.

Deste modo, no caso das monografias, as mesmas são identificadas pelo nome e apelido do(s) autor(es), título da obra, número do volume (se existir mais do que um volume), número da edição (se existir mais do que uma edição), editor, local e data de edição e número da página. Em relação aos artigos, os mesmos são identificados pelo nome e apelido do(s) autor(es), título do artigo, título da revista, número do volume e/ou número do fascículo, mês (se existir) e ano e número da página. No caso de capítulos de livros ou de artigos publicados em obras singulares ou colectivas, os mesmos são identificados pelo nome e apelido do(s) autor(es), título do capítulo ou do artigo, nome do autor se se tratar de obra singular ou AAVV se se tratar de obra colectiva, título da obra, número do volume (se existir mais do que um volume), nome do(s) organizador(es) se se tratar de obra colectiva, número da edição (se existir mais do que uma edição), editor, local e data de edição e número da página.

Nas citações posteriores mantem-se apenas o nome e apelido do(s) autor(es) e o título da obra ou do artigo e a respectiva página ou páginas citadas.

Por sua vez, os acórdãos citados no texto são identificados pelo Tribunal que os proferiu, número do processo e data do acórdão.

Na lista de referências bibliográficas, existente no final da dissertação, encontram-se identificados, por ordem alfabética dos apelidos, todos os autores citados ao longo do texto, bem como todos os documentos citados (relatórios de organizações nacionais e internacionais, pareceres de órgãos consultivos, documentos da Comissão Europeia, entre outros), havendo ainda uma lista com a jurisprudência nacional, europeia e americana citada no texto. Esclarece-se que esta lista de bibliografia contém apenas a bibliografia citada e não a efectivamente consultada que é mais vasta.

Finalmente, as traduções de excertos de obras escritas em língua estrangeira encontram-se devidamente assinaladas no texto e são da inteira responsabilidade da Autora. Com efeito, optou-se sempre por traduzir os textos, em vez de os manter na sua língua original, por uma questão de coerência interna, já que sendo esta uma obra

escrita em língua portuguesa, entendemos que fazia mais sentido ser essa a única língua do texto, ao invés de o leitor ser confrontado com várias línguas diferentes.

Finalmente, por vontade da Autora e considerando a possibilidade de opção dada pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, o presente texto não se encontra redigido segundo as novas regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

PARTE I

Evolução dos modelos de intervenção do Estado na economia

Introdução

O novo modelo de Estado Regulador, que surgiu no final do século XX, trouxe consigo mudanças profundas no Direito Administrativo tal como o conhecíamos até aqui.

Em causa está o aparecimento (e nalguns casos *reaparecimento*) de “novos” instrumentos jurídicos e de “novas” formas de organização da Administração Pública que, associados ao contexto político, económico, social e financeiro em que vivemos actualmente, anunciam o ocaso de uma era e o nascimento de uma era (em tudo?) diferente.

Estas transformações são, porém, fruto de uma evolução mais profunda sobre a própria concepção do Estado e de qual deve ser o seu papel na economia.

Tendo isto presente, a nossa investigação começa, precisamente, pelo estudo da evolução dos modelos de Estado vigentes na Europa nos últimos dois séculos, com início no Estado Liberal, considerado o primeiro modelo de Estado Moderno e, simultaneamente, o berço do Direito Administrativo, pelo menos nos países inspirados pelo sistema francês de administração executiva. A nossa intenção não é, no entanto, construir uma Teoria do Estado, mas apenas examinar os motivos que determinaram, ao longo deste período, a intervenção do Estado na economia ⁽⁸⁾ e que motivaram, em épocas distintas, o recurso a diferentes instrumentos jurídicos, contribuindo para as sucessivas transformações daquele ramo de direito.

A análise da evolução das formas de actuação do Estado dá-nos, assim, num primeiro momento, o retrato de um Estado polícia, substituído mais tarde por um Estado transformado em empresário e gestor, culminando com a fotografia de um Estado elevado à categoria de árbitro de um jogo que não é outro senão o jogo da oferta e da procura.

O modelo de Estado que vigorou durante o período do Estado Liberal, em que imperou o liberalismo económico precursor do princípio do Estado Mínimo, é naturalmente diferente do modelo de Estado Social que dominou o século XX e que lhe viria a suceder, que se caracteriza pela existência de um Estado onnipresente que intervém em todas as áreas da vida dos particulares, desde o seu nascimento até à sua morte. Este modelo viria também, por sua vez, a entrar em crise, deixando de se adaptar às necessidades de uma sociedade marcada pela evolução tecnológica e pela globalização. A crise do Estado Social vai estar, assim, na origem do aparecimento, no

⁽⁸⁾ Por intervenção entendemos neste momento, e ainda sem qualquer preocupação de delimitação do conceito, que será feita na Parte II, qualquer forma de ingerência, directa ou indirecta, do Estado na actividade económica.

final do século passado, na Europa, de um novo modelo de Estado que tem sido designado por Estado Regulador.

Semelhante evolução deve ser compreendida no contexto mais abrangente da evolução do próprio contexto político, social e económico vivido na maior parte dos países ocidentais neste período.

Com efeito, os indivíduos saídos da revolução francesa tinham aspirações que se distinguiam das preocupações dos cidadãos apanhados pela revolução industrial ou pelas duas guerras mundiais. Num caso, exigiam o reconhecimento da sua liberdade, no outro reclamavam protecção da parte do Estado. No primeiro caso, queriam um Estado Mínimo, enquanto no segundo defendiam um Estado Positivo. Entretanto, quando as bases deste Estado Positivo ou de bem-estar estavam já relativamente solidificadas, as crises petrolíferas e fiscais vividas na década de setenta do século passado, bem como a alteração das estruturas demográficas, levam os cidadãos a deixar novamente de acreditar no Estado como garante do bem-estar económico e social e a voltar-se, outra vez, para o mercado.

Ora, os fins que o Estado assume em cada época acabam por condicionar irremediavelmente as atribuições das respectivas entidades administrativas, determinando, por sua vez, as formas de organização e as formas de actuação que são adoptadas pela Administração Pública ⁽⁹⁾.

Estas diferenças fazem-se sentir também a um outro nível, de país para país, dando origem a diferentes sistemas administrativos, ou seja, a diferentes modos jurídicos de organização, funcionamento e controle da Administração ⁽¹⁰⁾.

A nossa análise será, particularmente, orientada para o estudo da evolução do papel do Estado na Europa e, em particular, nos sistemas de administração executiva ou de inspiração francesa (onde se integra, de resto, o nosso sistema de direito administrativo).

É, porém, hoje inegável que a emergência de um modelo de Estado Regulador não é de todo uma originalidade europeia. Muito antes de se começarem a esboçar os primeiros traços de um modelo de Estado Regulador deste lado do Atlântico, já o direito norte-americano se debatia com várias questões sobre a extensão e limites da regulação pública, alimentadas, por sua vez, por uma discussão extremamente viva sobre a necessidade de definição do papel do Estado.

Deste modo, se é verdade que o modelo de regulação dos serviços de interesse económico geral que tem vindo a ser adoptado na Europa Comunitária (muito por

⁽⁹⁾ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, op. cit., p. 17.

⁽¹⁰⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume I (com a colaboração de LUÍS FÁBRICA, CARLA AMADO GOMES e J. PEREIRA DA SILVA), 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 99.

culpa do Direito Comunitário e, em última análise, do próprio fenómeno da globalização) tem diferenças relativamente ao modelo de regulação norte-americano, é um facto que o mesmo é influenciado por aquele, havendo, inclusivamente, em relação a alguns aspectos, uma tentativa da sua “importação”.

Assim, e ainda que o modelo de Estado Regulador americano esteja longe de ser perfeito, os Estados Unidos têm, neste momento, uma vantagem evidente relativamente à maioria dos países da União Europeia: uma experiência de cerca de um século de regulação pública.

Deste modo, num momento em que a maioria dos países europeus, e entre eles Portugal, começa a dar passos decisivos na estruturação de um modelo de Estado Regulador, a experiência americana deve ser encarada como um exemplo a ter em conta, com todos os seus aspectos positivos e negativos. Esta é a principal razão que nos leva a fazer uma referência, num capítulo autónomo desta Parte I, à evolução do modelo de Estado Regulador nos Estados Unidos.

O nosso propósito não é tanto, porém, o de procurar demonstrar as diferenças na evolução dos dois modelos de Estado, que naturalmente existem, mas, essencialmente, o de apresentar dois modelos distintos de compreender o Estado e a sua intervenção na economia.

Não deixa, no entanto, de ser cada vez mais notório que o fenómeno da regulação ultrapassa hoje todas as fronteiras (não só geográficas), colocando estimulantes desafios, nomeadamente ao Direito Administrativo e, em última análise, à própria distinção entre Direito Público e Direito Privado. O facto de o sistema regulatório de um país, que adoptou um sistema de administração que por tradição sempre se distinguiu do sistema administrativo francês, poder influenciar o modelo de intervenção pública de países que seguem o sistema de administração executiva, é apenas mais uma evidência de que também no Direito as tradições já não são o que eram ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Sobre o confronto entre o sistema francês ou de administração executiva e o sistema anglo-saxónico, seguimos de perto, para este efeito, FREITAS DO AMARAL (cfr. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. pp. 114 e segs.). Deste modo, e como traço comum entre os sistemas francês e anglo-saxónico, destaca-se o facto de ambos defenderem o Estado de Direito e elegerem como princípio fundamental a separação de poderes. Quanto aos seus traços específicos são os seguintes, respectivamente:

- a) Organização administrativa – um é um sistema centralizado, o outro é descentralizado;
- b) Controlo jurisdicional da Administração – o primeiro entrega-o aos tribunais administrativos, existindo dualidade de jurisdições, enquanto o segundo reserva o referido controlo para os tribunais comuns, existindo unidade de jurisdição;
- c) Execução das decisões administrativas – o sistema de administração executiva atribui autoridade própria a estas decisões e dispensa a intervenção prévia de qualquer tribunal, ao passo que o sistema de administração judiciária fá-la depender de sentença do tribunal.

Naturalmente que quaisquer extrapolações terão sempre de ter em conta as diferenças culturais existentes entre ambos os sistemas. Com efeito, enquanto na Europa Ocidental a propriedade pública foi, sobretudo no século passado, o principal modo de regulação económica, nos Estados Unidos a regra tem sido, desde sempre, a propriedade privada, limitando-se o Estado a regular, através da *common law* e das Comissões Reguladoras Independentes, o livre funcionamento do mercado.

A verdade, porém, é que, apesar de os pontos de partida serem diferentes, ambos os sistemas administrativos sofreram transformações importantes nos últimos anos que acabariam por os aproximar.

A onda de privatizações levada a cabo na Europa no início da década de oitenta, acompanhada pela liberalização dos mercados, passou a exigir uma intervenção reguladora da parte do Estado, enquanto o movimento de desregulação que marcou o direito norte-americano nos anos oitenta proporcionou o aparecimento de novas doutrinas sobre a necessidade de “*smarter regulation*”.

Estas transformações que, à primeira vista, poderiam parecer contraditórias, acabariam, no entanto, por fazer convergir ambos os modelos de intervenção pública na economia e com isso os respectivos sistemas administrativos.

Efectivamente, não obstante todas as diferenças, as preocupações são, afinal, as mesmas, como a crise financeira e económica que se vive, neste momento, à escala global, demonstra. Não é, pois, de estranhar que, nunca como antes, as atenções dos dois lados do Atlântico estejam tão centradas no Estado e em qual deve ser o seu papel numa economia em profunda mutação.

Neste contexto, a afirmação de RAM MUDAMBI faz hoje pleno sentido, ao concluir que as duas mais importantes forças que afectam a economia mundial, desde os finais do século passado, são “*a retirada do Estado da arena económica e a globalização*”⁽¹²⁾.

Ao Direito Administrativo, e aos administrativistas em especial, caberá, assim, a tarefa de estudar este *novo* Estado, analisando, com rigor, não só as suas principais transformações, mas sobretudo os desafios que as mesmas colocam aos instrumentos e às regras tradicionais do Direito Público.

Em relação ao direito regulador, entende o Autor que no sistema francês é o direito administrativo, que é direito público, enquanto no sistema anglo-saxónico é o direito comum que é basicamente direito privado. Deixamos, no entanto, para o capítulo 6, *infra*, a nossa própria análise e comparação entre estes dois sistemas administrativos no momento actual.

⁽¹²⁾ RAM MUDAMBI, “Introduction: Globalization and the Advance of Markets: twin forces shaping the World Economy”, in AAVV, *Privatization and globalization: the changing role of the state in business*, RAM MUDAMBI (editor), Elgar Reference Collection, Cheltenham, UK, 2003, p. xv.

A análise da evolução dos modelos de intervenção do Estado na economia que nos propomos empreender nesta Parte I da nossa dissertação desempenha, deste modo, quanto a nós, um papel fundamental: ser a chave para compreender o presente, ao mesmo tempo que fornece pistas sobre qual deve ser o caminho a trilhar no futuro.

1. Estado Liberal: “laissez faire, laissez passer”

Podemos situar cronologicamente o período do Estado Liberal no final do século XVIII, inícios do século XIX, até às primeiras décadas do século XX.

O seu nascimento anda normalmente associado às revoluções que marcaram o final do século XVIII, com especial destaque para a Revolução francesa de 1789 ⁽¹³⁾, cujos valores rapidamente se espalharam por toda a Europa e, inclusivamente, pelo continente Americano. Aliás, pode mesmo dizer-se que os ideais da Revolução Francesa “*liberdade, igualdade e fraternidade*” são também, pelo menos na sua fase inicial, os ideais do próprio Estado Liberal ⁽¹⁴⁾.

O Estado Liberal é, assim, considerado por muitos como o primeiro modelo de Estado de Direito.

Mas em que contexto social, político e económico surge esta nova forma de Estado?

Após séculos de opressão, marcados pela existência de uma sociedade dividida em classes ou estratos (clero, nobreza e povo) e em que o monarca se torna, sobretudo nos últimos tempos, uma figura centralizadora e dominadora (corporizando a figura do Déspota), o povo, e em especial a burguesia, animada pelo seu sucesso nos negócios e pela consequente ascensão social, aspira a mais. Começa, assim, por recusar o papel secundário que lhe parecia estar destinado e a desejar ocupar, ela própria, o papel principal. Daí à defesa dos ideais revolucionários que animaram os espíritos um pouco por toda a Europa naquele final do século XVIII, e a França, em especial, foi um pequeno passo.

O Estado Liberal surge, assim, com os primeiros alvares das revoluções liberais e é nelas que vai buscar muita da sua inspiração.

Pretende ser, desde o seu início, um corte, uma ruptura com o passado, que o mesmo é dizer com o modelo de Estado do *Anciën Régime* e com as suas instituições e valores, para deles fazer tábua rasa. A crença inicial dos revolucionários liberais assentava, portanto, na ideia de que só destruindo os antigos valores, estariam criadas as condições para construir, sob novas bases, um novo modelo de Estado, mais justo, mais igual para todos e, acima de tudo, mais livre.

A construção de uma nova ordem jurídica, económica e social surge, então, como a resposta natural para os problemas sociais e económicos (crescimento

⁽¹³⁾ Cem anos antes da Revolução francesa, já a Inglaterra tinha vivido, no entanto, a sua própria revolução (Revolução Gloriosa de 1688). Em 1776 deu-se, por sua vez, a Revolução Americana que conduziu à independência daquele País em relação à Inglaterra.

⁽¹⁴⁾ É, de resto, bem visível o carácter universal que os revolucionários franceses quiseram imprimir à sua revolução, ao aprovarem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, logo em 26 de Agosto de 1789.

demográfico e crise agrária, entre outros) que se faziam sentir um pouco em toda a parte e que anunciavam, também eles, a morte do antigo modelo e a necessidade de edificação, em seu lugar, de um novo.

A verdade, porém, é que, na prática, a desconstrução para a construção se revelou bem mais difícil do que inicialmente se poderia imaginar.

Como assinala ROGÉRIO SOARES, a Revolução estava enfeudada à sua situação histórica, “(...) e mesmo ao tentar fugir-lhe, tinha que contar com os quadros e os problemas da época que procura superar”⁽¹⁵⁾.

São vários, aliás, os Autores a sublinhar este facto, ou seja, de que é um equívoco pensar que a Revolução de 1789 representou um processo de ruptura e de destruição da Administração absolutista⁽¹⁶⁾. O Estado Liberal acabaria, assim, por assentar num compromisso entre o passado e o presente, aliando à sua vertente liberal uma vertente autoritária, resquício ainda do Estado de Polícia que pretende derrubar.

Como refere VASCO PEREIRA DA SILVA, “(...) essa dualidade teórica do Estado liberal instaurado pela Revolução francesa, assim como daqueles que o tomaram por modelo, vai-se ainda manifestar num “compromisso histórico” entre a vertente liberal, que encontra realização ao nível do poder político, através da consagração dos princípios da separação de poderes (com excepção do que respeita ao contencioso administrativo) e da garantia dos direitos individuais, e a vertente autoritária, que se realiza ao nível do poder administrativo, mediante a criação de um “estatuto especial” (de actuação e controlo) para a Administração”⁽¹⁷⁾.

Porém, apesar de se poder ainda surpreender a existência de uma linha de continuidade entre o modelo de Estado Absoluto e o modelo de Estado Liberal, é um facto inegável o aparecimento, nesta época, de um novo modelo de Estado, assente nos ideais da liberdade e do individualismo.

⁽¹⁵⁾ ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, s.n., Coimbra, 1955, p. 47.

⁽¹⁶⁾ Cfr. JUAN SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, volume I, 3.^a edição, Editorial de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2000, p. 62; JEAN-LOUIS MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 17; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 17. LUCIANO PAREJO ALFONSO cita, aliás, M. ROUSSET, para quem “a soberania sai intacta da tempestade e o absolutismo democrático substitui o absolutismo monárquico, pois é certo que uma revolução não questiona tanto o poder em si mesmo, mas sim quem o ostenta” (Ibidem).

⁽¹⁷⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 38.

Assim, e consoante o seu campo de aplicação, podemos distinguir o liberalismo político do liberalismo económico, que mais não são, afinal, do que duas faces de uma mesma moeda, cunhada de acordo com um novo modelo de Estado ⁽¹⁸⁾.

1.1. A ideologia liberal

Vários Autores se têm pronunciado sobre a inexistência de uma ideologia liberal, entendida no sentido de um conjunto de ideias ou de concepções comuns, sobre uma determinada realidade política, social e económica, datada historicamente. Com efeito, para muitos, em vez de liberalismo deve, antes, falar-se de *liberalismos*, colocando assim a tónica nas diferenças existentes entre o liberalismo que nasceu e se desenvolveu em Inglaterra durante os séculos XVIII e XIX – considerada, por alguns, como a Pátria do autêntico liberalismo - e os movimentos que se haveriam de desenvolver, na mesma altura, em França, na Alemanha e na América.

A verdade, porém, é que, não obstante as diferenças que, numa análise mais profunda, podemos, efectivamente, encontrar entre estas escolas, existem manifestos pontos de contacto entre todas elas. Deste modo, diremos com MANNING que, no fundo, existem tantos liberalismos quanto os autores liberais ⁽¹⁹⁾. E são muitos os Autores cujas ideias liberais acabaram por marcar esta época, nomes como LOCKE, MONTESQUIEU, WILHELM VON HUMBOLDT, BENJAMIN CONSTANT, ADAM SMITH e JOHN STUART MILL estão entre os mais proeminentes.

Numa fase inicial, o liberalismo mais não foi, no entanto, do que uma atitude de espírito, assente, como referimos atrás, nos ideais da liberdade e do individualismo. Com efeito, *“o despotismo criou a experiência viva do Estado como uma poderosa máquina de constrangimento, e igualou os homens no denominador comum de membros duma sociedade que lhe sofre as acções sem nela participar”* ⁽²⁰⁾. O liberalismo é, pois, nos seus alvares, uma reacção ao despotismo régio do período anterior e à sociedade de classes em que o mesmo se baseava.

A liberdade é, assim, de longe, o valor mais caro para os liberais que acreditam, sinceramente, que o seu bem-estar está intimamente ligado à sua liberdade de acção.

⁽¹⁸⁾ No mesmo sentido, SÉRVULO CORREIA afirma que é *“(...) no mínimo duvidoso que se possa pensar num puro liberalismo político desligado do liberalismo económico”* (cfr., *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 19, nota de rodapé n.º 7).

⁽¹⁹⁾ D.J. MANNING, *Liberalism*, reimpressão, J. M. Dent & Sons Ltd, London, Melbourne and Toronto, 1982, p. 59.

⁽²⁰⁾ ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântica Editora, S.A.R.L., Coimbra, 1969, p. 43.

Qual o sentido, no entanto, desta liberdade? Liberdade-autonomia, entendida como a faculdade de o Homem dispor de si mesmo, sem qualquer constrangimento, ou liberdade-participação, no sentido de participação do indivíduo na decisão política que o pode afectar? Para GEORGES BURDEAU estas duas ideias de liberdade estariam presentes no pensamento liberal, sendo a segunda considerada como uma garantia da primeira ⁽²¹⁾. Deste modo, na hierarquia liberal, a liberdade-participação está submetida à liberdade-autonomia, não sendo mais do que um meio de garantir a protecção dos “direitos do Homem”.

O Estado Liberal pode ser assim definido, como assinala GEORGES BURDEAU, como o regime político que procura assegurar a coexistência da liberdade-autonomia e da liberdade-participação ⁽²²⁾. Esta definição explica, de acordo com o Autor, entre outras coisas, *“a solidariedade que une o Estado Liberal ao individualismo, uma vez que um regime que entronca na liberdade-autonomia não pode ser senão individualista”*, mas explica também o porquê da limitação das competências dos governos, *“essa não intervenção do Poder na qual reside, aos olhos do profano, a essência última do Estado liberal. Com efeito, quaisquer que sejam as exigências que permitem fazer valer a liberdade-participação, elas acabam por se retrair face às exigências da liberdade-autonomia”* ⁽²³⁾.

Esta relação que se estabelece ao nível individual é depois transposta para a relação entre a sociedade civil e a sociedade política. *“A sociedade política é secundária em relação à sociedade civil, uma vez que é esta última que reflecte a colectividade. A política é apenas um elemento da estrutura do grupo, enquanto a sociedade civil é a expressão global. (...) Daqui se retira que a política deverá abster-se de toda a intervenção que substitua a espontaneidade dos movimentos sociais pelas acções concebidas pela vontade dos governantes”* ⁽²⁴⁾.

A estrutura política do Estado Liberal assenta, deste modo, numa completa separação entre o Estado e a sociedade, animada pela crença de que a liberdade é o motor de todo o progresso social e económico. *“O optimismo liberal de oitocentos pressentia na sociedade uma racionalidade imanente, uma dinâmica própria comandada pelas leis naturais da competitividade individual, as quais, protegidas que*

⁽²¹⁾ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, volume VI, 3.^a edição, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, p. 16.

⁽²²⁾ Idem, p. 18.

⁽²³⁾ Ibidem.

⁽²⁴⁾ Idem, p. 19.

fossem de ingerências exteriores, assegurariam por si só, do nível económico ao moral e intelectual, o advento da ordem mais justa” ⁽²⁵⁾.

De acordo com esta concepção, a sociedade é então um dado rebelde a toda a manipulação política ⁽²⁶⁾ e este é outro dos dados fundamentais da ideologia liberal.

Para compreender estas concepções em toda a sua plenitude é preciso, no entanto, ter presente que, por detrás das mesmas, estão os interesses da burguesia que procura conquistar um lugar na sociedade do pós-revolução.

Assim, se justifica, aliás, a defesa de uma sociedade autónoma do Estado, separada do seu controlo, uma sociedade de homens livres em que todos são iguais, sem privilégios que os desfigurem, que o mesmo é dizer, uma sociedade idealizada à semelhança das aspirações da burguesia ascendente.

Não se trata, porém, de defender uma liberdade irrestrita. Com efeito, para os liberais nenhum Homem pode considerar-se acima da lei, que é entendida como expressão da vontade geral ⁽²⁷⁾. Todo o poder advém da lei e só em nome da lei se pode actuar. “(...) *(A) liberdade que faz do homem cidadão é a liberdade definida pela lei*” ⁽²⁸⁾.

O princípio da legalidade é, assim, um dos pressupostos políticos fundamentais do Estado Liberal, a par do princípio da soberania e do princípio da separação de poderes, com os quais está intimamente relacionado. Subjacente a estes pressupostos está, em última análise, a preocupação originária que anima todo o pensamento liberal e que é a defesa dos direitos individuais dos cidadãos contra os excessos do Poder ⁽²⁹⁾. É, portanto, sempre a mesma ideia de liberdade que justifica a limitação do poder do Estado, tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade ⁽³⁰⁾.

Na lógica liberal, o princípio da legalidade, na sua dupla vertente de sujeição da Administração à lei e de reserva de lei, assume, assim, uma especial relevância. É, no entanto, como escreve SÉRVULO CORREIA, “(...) *no princípio jurídico da reserva de lei ou conformidade que o cunho histórico do liberalismo se imprime com indiscutível*

⁽²⁵⁾ JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 69.

⁽²⁶⁾ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, op. cit., p. 16.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, pode ler-se no artigo 3.º, secção 1.ª, capítulo II da Constituição Francesa de 1791 que “*não existe em França autoridade superior à lei. O Rei não reina senão de acordo com ela e só em nome da lei pode exigir obediência*”.

⁽²⁸⁾ D. J. MANNING, *Liberalism*, op. cit., p. 15.

⁽²⁹⁾ MARCELLO CAETANO, “Tendências do Direito Administrativo Europeu”, in MARCELLO CAETANO, *Estudos de Direito Administrativo*, Ática, Lisboa, 1974, p. 433.

⁽³⁰⁾ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 8.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 92.

originalidade” ⁽³¹⁾, ao proibir restrições não autorizadas por lei na liberdade e propriedade dos cidadãos.

A actuação do executivo (Administração) surge, deste modo, limitada pela lei, aprovada pelo poder legislativo.

Surpreendemos também, neste ponto, a teorização do princípio da separação de poderes e a preocupação que o mesmo tem subjacente, referida nos textos de LOCKE e de MONTESQUIEU, de que o poder corrompe e que “*cada homem investido no poder está apto a abusar do mesmo*”, pelo que “*(...) para prevenir este abuso, é necessário, desde a sua origem, controlar o poder com outro poder*” ⁽³²⁾, evitando que o poder seja exercido pelas mesmas pessoas.

A teoria da separação dos poderes nascerá, portanto, destas preocupações, distinguindo entre o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial ⁽³³⁾. A primazia é dada, no entanto, ao poder legislativo, sobretudo em relação ao poder executivo, uma vez que o parlamento é visto como o representante da vontade geral e, nesse sentido, considerado o melhor defensor das liberdades individuais contra os abusos dos outros poderes. Percebe-se, deste modo, porque era tão importante para a burguesia assumir o controlo do parlamento, uma vez que a partir da aprovação da lei poderia controlar não só a Administração, como os tribunais.

É, pois, natural que neste ambiente político, a actuação do Estado fosse vista como potencialmente agressiva dos direitos dos cidadãos e, por isso, se defendesse a sua redução ao mínimo. Na sugestiva expressão de LASSALLE, que viria a ficar famosa, o Estado encarna, por esta altura, o papel de um *guarda-nocturno*, cuja intervenção se limita à garantia da ordem estabelecida e à defesa dos direitos políticos.

O abstencionismo do Estado mais não foi, no entanto, do que uma exigência do capitalismo em desenvolvimento e da burguesia, enquanto classe em ascensão. O Estado Liberal assume-se, assim, antes de mais, como um Estado burguês.

⁽³¹⁾ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 20.

⁽³²⁾ STUART MILL em *Utilitarianism, Liberty, Representative Government*, Everyman's Library, Londres, 1972, pp. 1-2, citado por D.J. MANNING, *Liberalism*, op. cit., pp. 15 e 16.

⁽³³⁾ Esta doutrina tem também subjacente a preocupação de dividir o poder pelos grupos sociais mais importantes da época.

1.2. O liberalismo económico

Tal como no campo político, o liberalismo económico ancora-se igualmente nos valores da liberdade, do individualismo e da igualdade ⁽³⁴⁾. Aqui é, no entanto, a procura egoísta do lucro que faz funcionar o mercado. Não é, por isso, de estranhar que, para os liberais, a economia fosse um jogo de busca do lucro individual, visando, em última instância, a satisfação do interesse pessoal.

Deste modo, se ao nível político os teóricos liberais defendiam a limitação do Poder como forma de garantir o respeito pelos direitos dos indivíduos, semelhante preocupação assume ao nível económico o seu máximo expoente, traduzindo-se na defesa de uma intervenção limitada do Estado na actividade económica, privilegiando-se a liberdade de comércio e a livre concorrência entre os indivíduos. “*A liberdade política trazida pela Revolução seria estéril se não trouxesse associada a liberdade de comércio e de indústria*” ⁽³⁵⁾.

Como escreve ROGÉRIO SOARES “*(a)ceita-se o dogma de que os homens para alcançarem a felicidade desenvolverão todos os seus esforços e esgotarão a sua capacidade produtiva no sentido do maior rendimento. Ponto é que lhes seja garantida a total liberdade de acção*” ⁽³⁶⁾.

Animados pelos fisiocratas, os pensadores liberais levam, no entanto, ainda mais longe a sua ideia de liberdade, acreditando na existência de uma ordem natural da qual resultaria um equilíbrio que não poderia ser perturbado, nomeadamente pela intervenção do Estado.

É conhecida, aliás, a teoria de ADAM SMITH, nascida nesta época, sobre a existência de uma “mão invisível” que regula, de forma quase mecânica, o funcionamento do mercado. O mercado resultaria, assim, do encontro da oferta e da procura, sendo alimentado pela busca individual do lucro. A satisfação do interesse pessoal de cada indivíduo leva a que se estabeleçam relações de interdependência entre os indivíduos as quais são conduzidas por uma mão invisível que conduz, necessariamente, ao bem-estar da sociedade. Pode, assim, dizer-se com ADAM SMITH que “*o liberalismo é fruto do optimismo, e este é por sua vez fruto da confiança na perfeição mecânica de um sistema teleologicamente orientado*” ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ “*A teoria económica liberal do laissez-faire pressupõe que todos são capazes de competir em termos iguais, tal como a concepção liberal do regime parlamentar pressupõe que todos podem participar activamente na vida pública*” (D.J. MANNING, *Liberalism*, op. cit., p. 20).

⁽³⁵⁾ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, op. cit., p. 118.

⁽³⁶⁾ ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, op. cit., p. 45.

⁽³⁷⁾ FERNANDO ARAÚJO, *ADAM SMITH – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 714.

⁽³⁸⁾ Nem todos os Autores clássicos comungam, no entanto, deste optimismo. Com efeito, na obra de autores como THOMAS MALTHUS e DAVID RICARDO (seguidores de ADAM SMITH)

Deste modo, mercado e concorrência são duas ideias chave para os economistas clássicos, assentes no mesmo pressuposto: a liberdade de acção dos agentes económicos. “(...) *(A)quilo que séculos de filosofia política se tinham esforçado por incutir nas relações sociais – nomeadamente o respeito pelos valores que reciprocamente asseguram a liberdade e a igualdade dos cidadãos – era agora apresentado como resultado automático, involuntário, de um esforço dirigido à criação de riqueza privada (afinal, à gratificação da vaidade) através de um mecanismo de cooperação social, o mercado*”⁽³⁹⁾.

O liberalismo económico parte, assim, de uma concepção de mercado como um engenho mecânico, cuja engrenagem é alimentada pelo interesse egoísta de cada indivíduo. O não intervencionismo ou abstencionismo do Estado é, pois, uma consequência natural desta maneira de pensar. Com efeito, qualquer interferência externa que tenha em vista modular ou corrigir o funcionamento do mercado pode acabar por se revelar fatal ao funcionamento do referido mecanismo, introduzindo nele um factor desestabilizador.

De que forma, no entanto, a intervenção do Estado pode ser vista como desestabilizadora? De acordo com a concepção liberal, o Estado ao intervir fá-lo através de funcionários, ou seja, de pessoas que não têm interesse directo no resultado do negócio, que não são movidas pelo seu próprio interesse, e que não terão, por isso, ao contrário dos agentes privados, preocupações em reduzir os custos e inovar.

É, portanto, neste sentido que se deve entender a observação feita por ADAM SMITH, numa das suas obras mais conhecidas, *A Riqueza das Nações*, de que “*sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens os conduzem a naturalmente dividirem e distribuírem o capital de qualquer sociedade pelos vários empregos possíveis, e isto no máximo acordo com o que é mais agradável aos interesses de toda a sociedade*”⁽⁴⁰⁾.

Neste contexto, qualquer intervenção do Estado é sempre vista como desnecessária e, mais do que isso, prejudicial, na medida em que, para além de tudo, retira espontaneidade à actuação dos indivíduos e interfere com o equilíbrio natural do

a ordem natural surge como algo inelutável, sendo, por isso, inútil qualquer intervenção do Estado no sentido de a tentar corrigir. Ao contrário, portanto, de ADAM SMITH, estes Autores não consideravam que esta ordem natural fosse benéfica ou assegurasse bem-estar e felicidade. Efectivamente, tanto a obra de MALTHUS como a de RICARDO partilham do mesmo pessimismo em relação à existência de uma ordem natural que, acreditavam, cada um à sua maneira, haveria de conduzir os Homens à ruína.

⁽³⁹⁾ FERNANDO ARAÚJO, *ADAM SMITH – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, op. cit., p. 741.

⁽⁴⁰⁾ Citado por FERNANDO ARAÚJO, *ADAM SMITH – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, op. cit., p. 759.

mercado. Deste modo, para os economistas clássicos, a iniciativa privada é o único instrumento de progresso na actividade económica, sendo “(o) indivíduo a razão de ser, o motor, o destinatário de toda a actividade económica” ⁽⁴¹⁾. Este é, aliás, como referimos no capítulo anterior, um ponto comum a todos os *liberalismos*.

Com efeito, não obstante as divergências existentes entre as diferentes correntes e os diferentes Autores pode afirmar-se, com segurança, que um liberal é alguém que, na maioria dos assuntos, prefere as acções individuais em detrimento da acção colectiva ⁽⁴²⁾.

A confiança dos economistas liberais nas virtudes do automatismo do mercado é bem visível, aliás, na afirmação de ADAM SMITH de que “(...) as crises de penúria e de fome se devem exclusivamente à insensatez de políticas intervencionistas” ⁽⁴³⁾.

Neste sentido, e tal como no campo político a intervenção do Estado se encontra limitada à garantia dos direitos invioláveis dos cidadãos (liberdade e propriedade), toda a orientação económica do Estado é dominada, neste período, paralelamente, “(...) pela preocupação de não modificar o comportamento normal dos sujeitos económicos privados, abstendo-se quanto possível de interferir sobre eles ao desenrolar o seu comportamento económico próprio (actividade financeira)” ⁽⁴⁴⁾.

Trata-se, portanto, da doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* ⁽⁴⁵⁾ que reduz a intervenção pública à protecção do indivíduo e da propriedade contra os abusos do poder, a fraude e a corrupção.

Por detrás deste princípio de abstenção do Estado está, no entanto, uma preocupação bem real que atormentava, à época, a classe burguesa.

Com efeito, é precisamente por se saber, do período anterior, que a economia é manipulável, que se deseja uma abstenção do Estado nesse campo e se vai por isso procurar garantir o domínio da máquina política ⁽⁴⁶⁾, nomeadamente através do controlo do parlamento. Efectivamente, a não interferência do Estado na vida económica era, para a classe burguesa, sinónimo de liberdade de comércio e de livre concorrência, ou seja, pressuposto de bem-estar económico.

⁽⁴¹⁾ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, op. cit., p. 125.

⁽⁴²⁾ EDWIS G. WEST, “Adam Smith into the Twenty-First Century”, in AAVV, *The Political Economy of the Minimal State*, CHARLES K. ROWLEY (editor), The Locke Institute, Edward Elgar, Cheltenham, 1996, pp. 52-53.

⁽⁴³⁾ FERNANDO ARAÚJO, *ADAM SMITH – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, op. cit., p. 763.

⁽⁴⁴⁾ ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, volumes I e II, 4.ª edição, 13.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010, p. 55.

⁽⁴⁵⁾ Esta expressão é originariamente atribuída, com o sentido que hoje conhecemos, a MARQUIS D' ARGENSON, em meados do século XVIII.

⁽⁴⁶⁾ ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, op. cit., p. 58, nota de rodapé n.º 69.

Os próprios liberais não tardariam, no entanto, a aperceber-se que o bom funcionamento do mercado exigia também a intervenção do Estado.

Efectivamente, se bem que os princípios da liberdade e da legalidade fossem requisitos essenciais para o desenvolvimento da actividade económica, “(...) a burguesia precisava de uma estrutura administrativa racional e centralizada, que permitisse eliminar as disparidades locais e conseguir a formação de um mercado nacional, bem como eliminar os entraves feudais; e também, de uma Administração robusta e enérgica, que procedesse à criação das infra-estruturas e dos serviços necessários para desenvolver a actividade económica (estradas, canais, caminhos de ferro, educação) e que permitisse a instauração de uma ordem pública vigorosa (...)”⁽⁴⁷⁾.

O paradoxo é, no entanto, evidente⁽⁴⁸⁾. Com efeito, apesar de se defender o *laissez-faire*, acabava por se reconhecer que, em certos domínios, era necessária a intervenção do Estado.

O próprio ADAM SMITH chegou, aliás, a aceitar derrogações aos princípios da liberdade económica e do afastamento do Estado das actividades económicas, considerando que “(o) Estado poderia desempenhar todas aquelas funções pelas quais os particulares se desinteressassem e que, não obstante, fossem socialmente úteis”⁽⁴⁹⁾, como a Justiça, a Defesa e certas obras públicas.

O liberalismo económico não foge assim também às contradições e aos compromissos que mascaram os interesses da nova classe dominante. SANTAMARIA PASTOR vai mais longe e fala mesmo de uma falsa aparência de *laissez-faire*⁽⁵⁰⁾. Com efeito, se na teoria se negava um papel à iniciativa pública na actividade económica, reservando apenas para a iniciativa privada as virtualidades do modelo liberal de mercado, assente na busca do lucro individual, na prática, e para que o modelo funcionasse, a intervenção do Estado acabava também por se revelar necessária.

Ora, se na obra de ADAM SMITH a intervenção pública na economia é vista ainda como excepcional, sendo admitida apenas em certos casos, cerca de um século mais tarde, STUART MILL passa a admiti-la com maior latitude. Deste modo, de acordo com o princípio da liberdade de MILL, o governo pode intervir sempre que se trate de corrigir algum dano causado à sociedade, deixando para o governo a

⁽⁴⁷⁾ JUAN SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 63.

⁽⁴⁸⁾ Sobre o paradoxo que representa a relação do liberalismo com o Estado na criação de uma sociedade de mercado, numa fase transitória, veja-se FERNAND TANGHE, “Au-delà ou en deçà de l’utopie libérale?”, *Revue Interdisciplinaire d’ Études Juridiques*, 19, 1987, p. 88.

⁽⁴⁹⁾ SOARES MARTÍNEZ, *Economia Política*, 11.ª edição, revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2010, p. 196.

⁽⁵⁰⁾ JUAN SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 63.

definição de “dano” ⁽⁵¹⁾. O princípio da não intervenção do Estado ou o *laissez-faire* é, assim, apresentado por STUART MILL como um princípio geral, mas que pode ser derogado em nome do interesse geral, o que acaba por se traduzir, a final, no seu prático afastamento ⁽⁵²⁾.

O que acabamos de escrever não significa, no entanto, que para os Autores liberais dos séculos XVIII e XIX, a não intervenção do Estado não fosse encarada, sobretudo na alvorada dos movimentos revolucionários, como um princípio absoluto. Mesmo Autores como ADAM SMITH que, conforme referimos atrás, admitiam excepções ao princípio do abstencionismo, não deixam, no entanto, de defender que o máximo bem-estar económico pressupõe a existência de um *Estado Mínimo*.

A verdade porém, é que ainda que não estivesse no pensamento dos teóricos liberais da época, não podemos ignorar que o modelo de Estado Liberal assenta, desde a sua origem, na autoridade e na supremacia da lei que não é mais senão do que uma expressão do poder do Estado. Deste modo, ao reconhecer à lei o poder de conformação da actividade de todos e cada um dos indivíduos, fosse no campo político, no campo social ou no campo económico, os liberais acabam também por reconhecer e legitimar, ainda que indirectamente, o próprio poder de intervenção do Estado na esfera privada.

1.3. Formas e instrumentos jurídicos de intervenção do Estado na actividade económica

Nas palavras de ADAM SMITH, os Estados evoluídos deveriam apenas possuir parques, jardins, caminhos públicos, sendo todos os outros bens melhor explorados pelos particulares ⁽⁵³⁾. Esta concepção sobre o papel que deveria caber ao Estado na actividade económica vigorou durante quase todo o século XIX.

O fim do Estado Liberal seria, assim, apenas o de garantir a liberdade e a segurança dos cidadãos, o que não deixa de ser uma tarefa nobre, mas que é própria da actividade de polícia e não da prestação de serviços públicos ⁽⁵⁴⁾. Subjacente a este entendimento está a mesma ideia de separação entre Estado e sociedade, a que já nos referimos atrás, e em nome da qual se defende que a interferência do Estado na vida privada dos particulares deve estar limitada à garantia do respeito pela esfera

⁽⁵¹⁾ EDWIS G. WEST, “Adam Smith into the Twenty-First Century”, op. cit., p. 41.

⁽⁵²⁾ Idem, citando ELLEN PAUL em *Moral Revolution and Economic Science: The Demise of Laissez-Faire in Nineteenth Century British Political Economy*, Greenwood Press, Westport, 1979, p. 43.

⁽⁵³⁾ Cfr. SOARES MARTÍNEZ, *Economia Política*, op. cit., p. 197.

⁽⁵⁴⁾ ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, p. 24.

de liberdade de cada um. A actuação da Administração cingir-se-ia, deste modo, apenas, à punição de eventuais infracções ou violações à lei criada para regular as relações entre os indivíduos.

Assim, para além de ser um Estado Mínimo, o Estado Liberal é também um Estado Polícia.

A intervenção da Administração Pública nesta época é, portanto, uma actuação “intermitente” ⁽⁵⁵⁾, reduzindo-se à prestação de serviços de segurança e de defesa nacional. A intervenção pública limita-se, assim, à produção de leis que assegurem o exercício da liberdade e que mantenham a ordem e a segurança, imprescindíveis para o gozo dos direitos individuais. Esta intervenção legislativa é feita, no entanto, sobretudo, a nível político e não tanto no domínio económico.

Com efeito, em termos económicos acreditava-se que bastava ao Estado garantir a existência de liberdade de comércio e de indústria para assegurar a existência do mercado. Deste modo, de acordo com as teorias vigentes à época, o Estado não tinha nenhuma razão para intervir na economia, já que na lógica da *mão invisível* de que falava ADAM SMITH, a iniciativa privada seria a melhor forma de assegurar o máximo bem-estar dos indivíduos.

O modelo de Administração pública do Estado Liberal é, pois, o de uma Administração-poder, investida de *imperium*, aplicadora e executora da lei mediante actos unilaterais típicos (ordens, proibições, autorizações e sanções) ⁽⁵⁶⁾. Neste contexto, o acto administrativo assume-se como conceito central do novíssimo Direito Administrativo, recém criado a partir do labor da jurisprudência do Conselho de Estado francês.

O acto administrativo é, por conseguinte, o modo normal de actuação dos órgãos administrativos, sendo visto como uma típica manifestação de autoridade, determinando o que deve ou não valer.

O acto administrativo surge, assim, como “(...) um *“privilégio da Administração”*, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um acto unilateral cujos efeitos são susceptíveis de ser impostos aos particulares por via coactiva. Por outro lado, ele constitui um instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre a via de acesso à Justiça, permitindo a defesa dos privados relativamente às actuações administrativas lesivas dos seus direitos” ⁽⁵⁷⁾. No fundo, representa também

⁽⁵⁵⁾ A expressão é de VASCO PEREIRA DA SILVA (cfr. *O Recurso Directo de Anulação – Uma Acção Chamada Recurso*, Cognitio, Lisboa, 1987, p. 13).

⁽⁵⁶⁾ LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 26.

⁽⁵⁷⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., pp. 45-46. Para maiores desenvolvimentos sobre a teoria do acto administrativo neste período ver mesmo Autor, op. cit..

ele um compromisso entre o pendor autoritário e o pendor liberal que marcam justamente este modelo de Estado.

Acto administrativo, organização administrativa concentrada e centralizada, contencioso semi-administrativo/semi-jurisdicional são, então, as características da Administração Pública do Estado Liberal ⁽⁵⁸⁾.

O princípio de abstencionismo do Estado conhece, no entanto, mesmo nesta época, algumas excepções.

Com efeito, durante todo o século XIX multiplicam-se os debates sobre o papel que o Estado deveria assumir, nomeadamente nos domínios da educação e da assistência social ⁽⁵⁹⁾. Pode, aliás, ler-se na Constituição francesa de 1791 que “*será criado e organizado um serviço de instrução pública para todos os cidadãos*”, o que se justifica se tivermos em conta que para os liberais a educação era considerada um pressuposto fundamental para que todo o Homem fosse livre ⁽⁶⁰⁾.

Deste modo, o “*esquema de responsabilidades do Estado está claramente estabelecido: polícia e ordem para permitir o exercício das liberdades; educação e beneficência como prestações a cargo das Administrações Públicas; e prisões para encarcerar os que não respeitam a ordem estabelecida para salvaguarda do sistema*” ⁽⁶¹⁾.

O desenvolvimento industrial do último quartel do século XIX vai colocar, porém, novos desafios ao Estado *gendarme*.

Com efeito, com a industrialização e o aparecimento de novas cidades, surgem também novas necessidades que precisam de ser satisfeitas: construção de pontes, caminhos, canais, diques, iluminação pública, abastecimento de água.

Numa fase inicial, a intervenção pública apenas será admitida em relação a domínios que, ou não interessavam aos particulares, dado o seu carácter não lucrativo (por exemplo, a Defesa), ou em que estavam em causa negócios cujos elevados custos iniciais tornavam difícil assegurar algum retorno para quem neles estivesse interessado em investir (caso das grandes obras públicas). Tratava-se, no entanto, de intervenções ainda consentâneas com os postulados liberais. Com efeito, como

⁽⁵⁸⁾ Idem, p. 43.

⁽⁵⁹⁾ Como escrevia MAURICE HAURIOU, no seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, “o regime de Estado individualista que, em princípio, deixa ao cuidado de cada um a realização da sua vida pessoal com as possibilidades que lhe fornece necessita de uma correcção, no sentido de assegurar um mínimo de existência àqueles que são incapazes de fazer esse esforço ou que não conseguiram alcançar o bem-estar” (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.ª edição, Librairie de la Societé du Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 585).

⁽⁶⁰⁾ Na Declaração de Direitos do ano de 1793, a educação e a assistência pública continuam a ser apresentados como os únicos serviços públicos, a par da segurança, que deveriam ser prestados pelo Estado.

⁽⁶¹⁾ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y mercado. Los Fundamentos*, volume I, Civitas, Madrid, 1998, p. 73.

referimos no capítulo anterior, os próprios economistas clássicos, incluindo ADAM SMITH, aceitavam que em determinadas situações, o Estado pudesse prestar serviços que não interessavam à iniciativa privada.

Deste modo, o Estado começa por se dedicar, num primeiro momento, à construção das grandes obras públicas motivadas pelo crescimento das cidades, para passar, entretanto, a encarregar-se também da exploração de alguns serviços considerados básicos (caminhos de ferro, telégrafo, telefone, distribuição de água e de gás, electricidade, correios). Em muitos destes casos, a prestação destes serviços, mais do que motivada pela preocupação de prover às necessidades dos cidadãos, está, no entanto, associada à exploração do domínio público de que o Estado, ou os municípios, são titulares e onde são instaladas as infra-estruturas necessárias à exploração desses serviços. O título justificativo da intervenção pública será, assim, nestas situações, a titularidade sobre o domínio ⁽⁶²⁾.

Mas de que forma é que o Estado constrói estas infra-estruturas ou presta estes serviços?

A regra, de acordo com o espírito liberal da época, era simples: deveria ser a iniciativa privada a realizar e financiar as obras necessárias para satisfazer as novas necessidades colectivas, sendo a intervenção pública meramente complementar, ou seja, sem nunca substituir a empresa privada. Esta regra encontra a sua justificação no individualismo característico do modelo de Estado Liberal que não via com facilidade que o Estado se dedicasse directamente à realização de grandes obras. É, aliás, bastante ilustrativo deste espírito, o preâmbulo do Decreto-Lei de Ruiz Zorrilla ⁽⁶³⁾, publicado em Espanha em 14 de Novembro de 1868, de acordo com o qual *“quando uma pessoa, uma sociedade ou uma empresa se proponha construir qualquer obra que seja considerada uma obra pública, e não peça ao Estado nenhum auxílio, nem invoque um direito de expropriação, qualquer que seja a importância da dita obra, o Estado não deve intervir nela. Toda a intervenção é inútil neste caso, toda a concessão improcedente, porque o particular ou a companhia exercem um direito sagrado, cabendo apenas ao poder central fazê-lo respeitar e impedir a sua violação através de regulamentos de polícia”*.

Existe, no entanto, uma outra justificação. Como escreve MAGALHÃES COLAÇO, *“(a) pessoa administrativa (...) figurava de nobreza sem fortuna que, não podendo tratar e explorar directamente as herdades, as dá de arrendamento a quem,*

⁽⁶²⁾ GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 3.ª edição ampliada, Comares, Granada, 2004, p. 297.

⁽⁶³⁾ Diploma que estabelece as bases para a legislação de obras públicas.

com a cultura, por um lado as melhora e alinda, e por outro lhe proporciona certa participação nas colheitas” ⁽⁶⁴⁾.

Deste modo, e em termos teóricos, são frequentes as referências na literatura da época a diferentes modalidades de realização destas obras públicas ou de prestação de serviços públicos: através da iniciativa privada, directamente pelos órgãos ou serviços do Estado (o que era sempre visto como um último recurso) ou mediante uma modalidade mista, em que o Estado se socorre de particulares para o fazerem em seu lugar. Esta última modalidade vai assumir um protagonismo crescente nos finais do século XIX, estando na origem do nascimento da técnica da concessão que assenta, precisamente, numa ideia de colaboração dos particulares com o Estado ⁽⁶⁵⁾.

As soluções eram, portanto, bastante diferentes, o que leva MUÑOZ MACHADO a assinalar que *“(s)eguramente o mais característico deste período é justamente a indecisão”* sobre qual ou quais as modalidades a adoptar ⁽⁶⁶⁾.

É, entretanto, também nesta época que surgem os primeiros esboços do que viria a ser a doutrina do serviço público.

A teoria clássica do serviço público nasce com um duplo objectivo, enformada pela rígida separação entre Direito Privado e Direito Público: por um lado, a obrigação de publicizar aquelas actividades que têm um carácter essencial, enquanto, por outro lado, se proíbe a conversão como públicas de actividades que não têm esse carácter ⁽⁶⁷⁾.

Os serviços públicos serão vistos, no entanto, durante grande parte do século XIX, como concorrentes da iniciativa privada e nessa medida considerados uma “ameaça” que deveria ser, por isso mesmo, vigiada.

Historicamente, a primeira forma de intervenção do Estado na actividade económica foi, portanto, limitadora, uma vez que a origem do poder, tal como era entendida pelos liberais, estava associada à vigilância e prevenção de danos ⁽⁶⁸⁾.

Deste modo, e em relação aos instrumentos jurídicos de que a Administração se socorreu durante este período, de forma a prosseguir os seus limitados fins, foram

⁽⁶⁴⁾ J. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, s.n., Coimbra, 1914, p. 15.

⁽⁶⁵⁾ “A dificuldade de obter as verbas necessárias e a má recordação de algumas experiências de administração directa, a que as ideias na época dominantes abertamente de resto se opunham, não lhes deixam (aos governos) porém outro remédio senão o do recurso à concessão respectiva” (ARMANDO MARQUES GUEDES, *A Concessão (Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa)*, Parte I, Natureza Jurídica da Concessão, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1954, p. 59).

⁽⁶⁶⁾ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y mercado. Los Fundamentos*, op. cit., p. 83.

⁽⁶⁷⁾ MIGUEL SENDÍN GARCÍA, *Hacia un servicio público europeo – El nuevo derecho de los servicios públicos*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 344.

⁽⁶⁸⁾ RICARDO RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, 4.ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 20.

eles sobretudo a lei (e o regulamento), o acto administrativo (autorizações, licenças, proibições) e, de uma forma menos recorrente, o contrato. Com efeito, o contrato era, conforme sublinha MARIA JOÃO ESTORNINHO, “(...) o meio por excelência através do qual o particular colaborava com a Administração, fornecendo-lhe os bens e serviços de que ela necessitava ou ajudando-a a desempenhar as suas funções de Administração-prestadora. Pelo contrário, quando se tratava de actividade administrativa propriamente dita, o meio normal continuava a ser a via unilateral ou autoritária”⁽⁶⁹⁾.

A intervenção do Estado na actividade económica neste período surge marcada, no entanto, sobretudo, pelo princípio do abstencionismo. Efectivamente, neste contexto, qualquer intervenção pública era sempre vista como potencialmente agressiva dos direitos e liberdades dos cidadãos, nomeadamente da sua propriedade, pelo que ao Estado estaria, por princípio, apenas reservado um papel de polícia e pouco mais.

Esta concepção minimalista do Estado tem, naturalmente, consequências ao nível do Direito Administrativo, cada vez mais assumido como um ramo de direito especial, que regula as relações da Administração Pública com os particulares, por contraposição ao direito comum que regia as relações entre privados.

O Direito Administrativo deste período é fruto, portanto, das concepções liberais vigentes à época, sendo dominado pela teoria do acto administrativo, o instrumento por excelência de que os poderes públicos se socorrem para condicionar, dentro dos limites que lhes eram permitidos, a vida dos indivíduos.

As grandes transformações económicas e sociais que começam a fazer sentir-se a partir de meados do século XIX obrigam, porém, a uma mudança deste paradigma.

Deste modo, no final do século XIX, inícios do século XX, a mudança no Direito Público, e no Direito Administrativo em particular, era já evidente. Por esta altura, o Direito Público converte-se num conjunto de regras que disciplinam a organização e funcionamento dos serviços públicos que se vão multiplicando, o que leva DUGUIT a escrever, em 1913, que “(d)a relação entre soberano e súbditos não resta nada. Do direito subjectivo de soberania, de poder, tão pouco. Existe sim uma regra fundamental da qual derivam todas as demais: a regra que impõe aos governantes a

⁽⁶⁹⁾ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 59. Sobre a discussão em relação ao conceito de contrato e da sua distinção relativamente à figura do acto ver mesma Autora, op. cit., e SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., pp. 344 e segs.

obrigação de organizar os serviços públicos, de fiscalizar o seu funcionamento, de evitar toda a interrupção” ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, p. XIX.

2. O Estado Social: sob o signo da onnipresença

O desenvolvimento industrial da segunda metade do século XIX vai trazer consigo grandes transformações económicas e sociais, rompendo com a ideologia liberal até aí vigente.

Num cenário de crescente miséria, trazida pelo eclodir da segunda revolução industrial, o Homem deixa de acreditar nas suas capacidades individuais para alcançar o bem-estar. A verdade é que, perante a crueza da realidade da época, não tardou a que se tornasse evidente a existência de uma contradição entre a busca do lucro individual e a satisfação do bem-estar colectivo. O Estado, que era visto com a máxima desconfiança pelos liberais, converte-se então numa entidade quase divina, capaz de prover a todas as necessidades dos seus crentes.

A crença numa ordem natural que regulava o funcionamento do mercado e que não admitia qualquer interferência da parte do poder público passou, assim, definitivamente, a ser um capítulo da história. A defesa dos direitos individuais contra a intervenção do Estado, cede agora passo a uma luta diametralmente oposta pela consagração de direitos económicos e sociais que pressupõem, em sentido inverso, uma participação activa do Estado na vida social ⁽⁷¹⁾.

A deslocação massiva de pessoas para as cidades que vão surgindo ao redor das fábricas recém instaladas leva ao aparecimento de uma nova sociedade urbana e com ela de novas necessidades (de habitação, educação, assistência social, de trabalho, saúde, de transportes, para além da necessidade de prestação de serviços essenciais como o abastecimento de água, o fornecimento de electricidade ou de gás). Por outro lado, o acelerado desenvolvimento tecnológico que marca também o início do século XX cria, ao mesmo tempo, uma sociedade mais exigente. *“Século marcado por convulsões bélicas, crises económicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções”* ⁽⁷²⁾.

Deste modo, onde antes se exigia, em nome dos valores da liberdade e da propriedade, um Estado “invisível”, passa agora a reclamar-se um Estado “omnipresente”. Às virtualidades da iniciativa privada sucedem-se, assim, as virtualidades da intervenção pública.

A mudança foi sendo, no entanto, gradual.

⁽⁷¹⁾ Se “o poder político vai ser este instrumento benfazejo, realizando as aspirações profundas da real maioria dos deserdados e sofredores, como se há-de olhar para ele como inimigo potencial, como adversário permanente, como o princípio do mal que importa conter e reduzir a cada passo em nome da supremacia dos direitos individuais?” (MARCELLO CAETANO, “Tendências do Direito Administrativo Europeu”, op. cit., p. 439).

⁽⁷²⁾ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 95.

Com efeito, e como referimos no capítulo anterior, mesmo durante o período liberal já se admitia a prestação, pelo Estado, de alguns serviços públicos considerados essenciais, nomeadamente em domínios que não interessavam à iniciativa privada, ou seja, em áreas em que a lógica de funcionamento de um mercado completamente entregue a si próprio não operava. As bases de um novo modelo de Estado só começam, porém, a nascer com a chegada do século XX, sendo mais evidentes sobretudo após as duas grandes guerras que irão devastar a Europa.

Podem distinguir-se, assim, três fases do Estado Social: uma primeira fase que fica marcada, essencialmente, pela intervenção estadual na regulação das relações laborais; uma segunda fase (entre as duas guerras mundiais) em que se generaliza a intervenção do Estado no funcionamento da economia e, finalmente, uma terceira fase, após a segunda guerra mundial, que corresponde ao apogeu do Estado Social ⁽⁷³⁾. A estas três fases, acrescentaríamos nós uma quarta e última fase, vivida nas três últimas décadas do século XX, que traduz o declínio deste modelo de Estado e que corporiza a crise do mesmo.

De um Estado Mínimo passámos assim para um Estado Onnipresente. Se antes o Estado não estava em nada, agora passa a estar em tudo: para além dos domínios tradicionais em que o Estado já vinha intervindo, surgem agora outros domínios (sobretudo no campo social, económico e cultural) que passam também a contar com a presença pública.

De uma Administração agressiva, “pontual”, passamos, assim, para uma Administração prestadora, constitutiva, interveniente e, acima de tudo, “permanente”.

O centro do poder estatal desloca-se, por conseguinte, do poder legislativo, típica manifestação de poder do período liberal, para o poder executivo, identificado com esta nova Administração. Nas palavras de PROSPER WEIL, é o poder executivo “(...) *por fim, que mais beneficia da extensão das atribuições e do aumento dos poderes do Estado no último meio século, porque o intervencionismo económico, a planificação e o reforço do poder de polícia em nada puderam beneficiar o parlamento ou os tribunais*” ⁽⁷⁴⁾.

É, portanto, um novo modelo de Estado que surge, com uma faceta até aí desconhecida dos cidadãos. A intervenção pública passa, então, a ser planificada, programada e dirigida à satisfação do bem-comum, substituindo a Administração *eventual* do século anterior.

⁽⁷³⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., pp. 72-73.

⁽⁷⁴⁾ PROSPER WEIL, *Direito Administrativo*, tradução de Maria da Glória Ferreira Pinto, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, p. 8.

A expressão “Estado Social” exprime, assim, uma nova concepção política do Estado segundo a qual este não se limita, como propugnava a teoria liberal, a corrigir pontualmente as disfunções mais graves e ostensivas do mercado e da sociedade civil, mas assume também a responsabilidade de conformar a ordem social, promovendo a progressiva igualdade de todas as classes sociais e assegurando a todos os cidadãos o acesso a um certo nível de bem-estar económico, bem como o gozo de bens culturais e a cobertura de riscos vitais ⁽⁷⁵⁾.

Não se pense, no entanto, que com o advento deste novo modelo de Estado, morrem os ideais da Revolução francesa de 1789.

O Estado Social é um Estado de Direito, tal como o fora o Estado Liberal, pelo que os valores da “liberdade, igualdade e fraternidade” continuam, no início do século XX, tão presentes tal como no passado ⁽⁷⁶⁾. Verifica-se, apenas, uma mudança quanto à sua hierarquia relativa, uma vez que os princípios da igualdade e da fraternidade ganham maior relevância neste período em relação ao valor da liberdade.

2.1. A defesa do Estado de bem-estar

É frequente designar o modelo de Estado Social como sendo um Estado Providência ou Estado Assistencial, Estado Administração ou Estado Constitutivo. A expressão Estado de bem-estar (*Welfare State*) é, por isso, apenas mais uma expressão dentro do conceito mais amplo de Estado Social, que acentua sobretudo os aspectos económicos deste modelo de Estado produtor de bens e prestador de serviços ⁽⁷⁷⁾.

Conforme escrevemos no capítulo anterior é, principalmente, após o final da segunda guerra mundial que o Estado de bem-estar conhece o seu zénite. E percebe-se que assim seja. Com efeito, o grau de devastação que este conflito mundial, apenas duas décadas depois da Primeira Grande Guerra, trouxe à Europa, não foi visível apenas no plano material, tendo-se feito sentir, sobretudo, a nível político, económico e social.

⁽⁷⁵⁾ JUAN SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 107-108.

⁽⁷⁶⁾ Sobre a questão de saber até que ponto Estado de Direito e Estado Social são conceitos antagónicos veja-se ERNEST FORSTHOFF, “Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho”, in AAVV, *El Estado Social*, tradução de José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

⁽⁷⁷⁾ Em sentido oposto, NIKLAS LUHMANN entende que o conceito de “Welfare State” é mais amplo do que o de Estado Social, uma vez que o mesmo engloba mais do que a adopção de medidas sociais e de compensação que, de acordo com aquele Autor, o conceito de Estado Social já traduz (*Political theory in the welfare state*, tradução de John Bednarz, Jr., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1990, p. 21 e p. 23).

O esforço de guerra, primeiro, a que se seguiu, depois, o esforço de reconstrução e de reorganização das instituições entretanto destruídas, reclamavam, assim, mais do que nunca, uma intervenção profunda, centralizadora e externa ao indivíduo.

É então que se *redescobre* o Estado, qual providência divina. “O Estado providência trata (assim) de substituir a incerteza derivada da providência das instituições religiosas pela segurança da providência proporcionada pelo Estado”⁽⁷⁸⁾.

A tradicional separação entre Estado e sociedade herdada do período liberal é, definitivamente, posta em causa. Com efeito, “(n)ão se trata (...) somente do preenchimento das lacunas deixadas em aberto pela actividade privada, nem também ainda da substituição parcial desta pelo funcionamento de organismos estaduais. Ao Estado agora por toda a parte se reconhece a tarefa de conformar a própria ordem social – esta já não é mais um dado, mas um material que urge adequar”⁽⁷⁹⁾.

O Estado deixa, portanto, de estar fora da sociedade como até ali, para passar a ocupar, dentro dela, um papel central. Esta mudança terá, naturalmente, consequências não só ao nível da relação Estado/sociedade, mas também relativamente ao peso da própria máquina pública no aparato social e económico da segunda metade do século XX.

Quanto ao primeiro aspecto, a autonomia que caracterizava a relação do indivíduo com o Estado, inspirada pelo individualismo liberal, dá neste momento lugar a uma relação completamente oposta, de autêntica dependência: não há nenhum passo que o particular dê em que não seja (ou pretenda ser) amparado pelo Estado.

A intervenção pública passa, então, não só a ser quantitativamente superior, como também qualitativamente diferente. O fim do Estado é, agora, um só: a satisfação do bem-estar dos cidadãos.

Deste modo, para além das antigas tarefas, o Estado assume, cada vez mais, novas tarefas de forma a cumprir o seu desígnio de satisfação das necessidades colectivas.

Como assinalava, em 1924, KEYNES, “a mais importante Agenda do Estado diz respeito não àquelas actividades que os privados já asseguram, mas sim àquelas funções que caem fora da esfera privada, aquelas decisões que não serão tomadas a não ser que o Estado o faça. O importante para o governo não é que faça coisas que

⁽⁷⁸⁾ PIERRE ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, tradução de Alejandro Estruch Manjón, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 43.

⁽⁷⁹⁾ ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, op. cit., p. 84.

os privados já fazem, e que o faça um pouco melhor ou pior; mas que faça aquelas coisas que, presentemente, não são de todo feitas” ⁽⁸⁰⁾.

KEYNES será, aliás, um dos defensores mais destacados das novas teorias económicas que se vão expandir nesta época e que, criticando o liberalismo económico, pretendem demonstrar que a ordem natural de que falavam os liberais, “*não era um dado nem uma tendência natural da economia, mas que existiam, pelo contrário, factores permanentes e fundamentais de desequilíbrio, que só a intervenção do Estado poderia contrariar*” ⁽⁸¹⁾.

As falhas do mercado passam então a ser supridas através da intervenção directa do Estado na economia, quer enquanto produtor de bens, quer enquanto prestador de serviços. Neste contexto, determinadas actividades passam a ser consideradas públicas e, como tal, reservadas apenas à actuação do Estado.

De polícia, o Estado passa agora a empresário ⁽⁸²⁾.

Existe, no entanto, como sublinha PIERRE ROSANVALLON, uma certa continuidade entre o Estado protector “clássico” e o Estado Providência do século XX. A protecção da propriedade e da liberdade, assumidas como tarefas do Estado durante o período do Estado Liberal (as únicas, aliás, que lhe eram formalmente reconhecidas), evoluem agora para a protecção de direitos económicos e sociais ⁽⁸³⁾.

A sua imediata consequência será a formação de um pesado sector público, que não vai parar de crescer durante toda a segunda metade do século XX, e que se desdobra num sector público social e num sector público económico. É, aliás, bem ilustrativa deste estado de coisas, a descrição feita por MADSEN PIRIE, Presidente do Instituto Adam Smith de Londres, sobre a situação que se vivia em Inglaterra nos finais da década de setenta. Assim, dizia aquele Autor, numa altura em que o modelo de Estado Social já estava a entrar em crise, que “*no ano de 1979, na Grã-Bretanha, podia passar-se todo o dia sem se tropeçar na economia privada. Acordava pela manhã e abria o meu ovo, passado pela água distribuída pelo Estado, com uma faca fabricada pelo Estado, recolhia o correio estatal que chegava com uma semana de*

⁽⁸⁰⁾ J. M. KEYNES, *The End of laissez-faire*, Hogarth Press, London, 1926, parte IV.

⁽⁸¹⁾ ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 59.

⁽⁸²⁾ “*A complexidade das sociedades industriais alcança um grau tal que impede que as mesmas possam funcionar de modo espontâneo, como sistemas auto-regulados: o aumento, bem como a simples manutenção, das quotas de bem-estar alcançadas por elas, exige que a maioria, se não a totalidade, dos processos sociais e económicos sejam coordenados e dirigidos por uma instância superior, o Estado*” (JUAN SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 70).

⁽⁸³⁾ PIERRE ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, op.cit., pp. 36 e segs. O Estado Providência é, porém, muito mais complexo do que o Estado protector, uma vez que “*(...) não tem apenas a função de defender os direitos adquiridos (a vida e a propriedade); leva também a cabo acções positivas (de redistribuição da renda, de regulação das relações sociais, de prestação de serviços colectivos, etc)*” (Idem, pp. 38-39).

atraso e dava os bons-dias ao funcionário do lixo, que nesse preciso momento despejava o lixo no passeio. Depois, entrava no meu carro, fabricado pelo Estado, levava as crianças à escola pública, deixava a minha mulher no hospital do Estado e ia trabalhar, para o Estado naturalmente. Com o telefone, estatal, fazia uma chamada para uma agência de viagens estatal, para reservar um voo num avião fabricado pelo Estado. E desta forma podia passar toda a minha vida sem que tropeçasse jamais com esse tipo de economia que realmente gera bem-estar” ⁽⁸⁴⁾.

Porém, em pleno século XX, este modelo de Estado intervencionista e onnipresente era ainda considerado como o único capaz de gerar riqueza e bem-estar colectivo.

A intervenção do Estado na actividade económica neste período ultrapassa, no entanto, a mera produção de bens e de serviços tendo em vista a satisfação de necessidades concretas dos cidadãos. Com efeito, ao intervir na economia, o Estado fá-lo muitas vezes também de forma a condicionar actividades que não têm sequer uma natureza pública ou administrativa. A intervenção pública neste domínio é, assim, impulsionada por um interesse económico global “(...) *no sentido de que a sua finalidade imediata não é a produção de bens no interesse de cada um dos cidadãos, mas antes a pretensão de influir no mercado, produzindo bens em sistema de concorrência com o sector privado* (...)” ⁽⁸⁵⁾.

É caso para dizer que os tentáculos da máquina pública chegavam a todo o lado, directa ou indirectamente: regulando, legislando, regulamentando, produzindo, gerindo, explorando, subsidiando, condicionando, proibindo, educando, formando, tratando, transportando...

2.2. O serviço público como símbolo da Administração prestadora

Conforme referimos nos capítulos anteriores, com o advento do século XX, a Administração, tal como a conhecíamos do período anterior, modifica-se. A partir deste momento, a Administração passa a ser vista como a função do Estado quando age em concreto, sendo rapidamente erigida na sua função principal. Neste contexto, “(o) *serviço público, termo que exprime essa actividade material do Estado, torna-se símbolo da Administração, concretamente a Administração é serviço público* (...)” ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ Citado por GASPAR ARIÑO ORTIZ (cfr. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 92).

⁽⁸⁵⁾ PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in AAVV, *Estudos de Regulação Pública*, volume I, VITAL MOREIRA (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 179.

⁽⁸⁶⁾ ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, op. cit., p. 28.

Deste modo, se bem que o conceito de serviço público não surja com o Estado Social ⁽⁸⁷⁾, será, no entanto, durante esta época que conhecerá o seu auge, a ponto de se designar o mesmo como Estado de Serviço Público.

O serviço público dá, assim, corpo à transformação de uma Administração preocupada com a execução das leis, numa Administração dedicada à prestação de bens e serviços aos seus cidadãos. O serviço público passa então a ser considerado a noção chave do Direito Administrativo, nomeadamente em França, onde o conceito foi largamente utilizado quer para definir o campo de aplicação do Direito Administrativo, quer para delimitar o âmbito da jurisdição administrativa.

Mas o que é o serviço público?

Têm sido muitas as definições propostas para este conceito, o que se explica pelo facto de estarmos perante *“um conceito histórico e politicamente variável, cujo conteúdo dependerá, em cada momento e em cada país, do contexto sócio-político”* respectivo ⁽⁸⁸⁾.

Há, no entanto, um aspecto mais ou menos comum a todas as definições: o fim do serviço público é a satisfação do interesse geral ou, dito de outra forma, a busca do bem comum. O serviço público seria, assim, para além de uma técnica de intervenção pública, um princípio de legitimidade. Como concluía DUGUIT, no início do século passado, a noção de serviço público substituiu o conceito de soberania como fundamento do direito público ⁽⁸⁹⁾. Com efeito, *“(...) a eleição por sufrágio universal confere às autoridades públicas o poder de interpretar as necessidades das populações e de definir, em conformidade, o interesse público (serviço público) (...)”* ⁽⁹⁰⁾.

A intervenção do Estado, nos domínios económico e social, através da prestação de serviços públicos, estaria, assim, perfeitamente legitimada, uma vez que a mesma se destinava, em última análise, a satisfazer o bem comum, o qual é definido, em cada época, por representantes eleitos por todos.

⁽⁸⁷⁾ Sobre as origens do conceito de serviço público veja-se JEAN RIVERO, “Hauriou et l’avenement de la notion de service public”, in AAVV, *L’Évolution du Droit Public, Études en l’honneur d’Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 461-471. De acordo com o Autor, teria sido Hauriou o primeiro a fazer do serviço público a noção maior do Direito Administrativo, com a publicação, em 1897, do seu artigo “Droit Administratif”. Para uma perspectiva diferente sobre as origens do conceito, atribuindo a León Duguit o papel de inventor, no plano conceptual, do serviço público e a Gaston Jèze, o papel de primeiro e principal representante da escola de serviço público, veja-se GREGOIRE BIGOT, “Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif”, *Révue Française de Droit Administratif*, n.º 1, janvier-février, 2008, pp. 1-6.

⁽⁸⁸⁾ GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 544.

⁽⁸⁹⁾ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 33.

⁽⁹⁰⁾ ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, op. cit., p. 69.

Nada nos impede, no entanto, de tentar encontrar uma definição de serviço público, nomeadamente tendo em conta os seus elementos basilares. Neste sentido, recuperamos aqui a definição de DUGUIT, para quem serviço público significava, *“toda a actividade cuja prestação deve ser regida, assegurada e controlada pelos governantes, uma vez que se trata de uma actividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que tem uma natureza tal que faz com que apenas possa ser completamente garantida pela força governante”* ⁽⁹¹⁾.

A esta definição seguir-se-iam, ao longo do século XX, muitas outras.

Em termos gerais, costumam identificar-se três elementos na noção de serviço público: o elemento material (prestação de uma actividade), o elemento orgânico (estrutura responsável pela prestação da actividade) e o elemento funcional (que corresponde ao modo de actuação e, bem assim, ao regime jurídico aplicável àquela actividade). É, assim, portanto, em torno destes três elementos que a doutrina se tem debruçado para encontrar uma definição para este conceito.

Deste modo, em sentido material, o serviço público corresponde à prestação de actividades de interesse geral que se destinam a satisfazer necessidades colectivas.

Num momento inicial, assumiu-se que estavam em causa apenas actividades administrativas ou públicas, no sentido de que apenas poderiam ser prestadas por entidades públicas. Esta situação viria, no entanto, a sofrer uma alteração quando, a partir dos anos trinta do século passado, se tomou consciência de que a prestação de actividades de interesse geral não era, apenas, um exclusivo das entidades públicas, podendo essas actividades ser também prestadas por particulares (nomeadamente em domínios como a educação e a assistência social, mas não só). Esta constatação acabaria, assim, por pôr em causa a qualificação/titularidade das referidas actividades.

Neste sentido, e conforme refere PEDRO GONÇALVES, o conceito de serviço público tem sido usado de acordo com duas variantes: por um lado, *“qualifica a actividade exercida pelas organizações integradas na Administração pública (ou que a elas é imputável directa ou indirectamente) – serviço público em sentido subjectivo”*, enquanto por outro lado pode também *“qualificar actividades que não são subjectivamente públicas, mas que, por serem de interesse geral, ficam sujeitas a um regime de direito administrativo e são consideradas actividades objectivamente administrativas – serviço público em sentido objectivo”* ⁽⁹²⁾. No primeiro caso estamos perante uma *“publicatio”* em sentido estrito, enquanto no segundo está em causa uma *“publicatio”* em sentido lato, ou seja, em ambos os casos, a intervenção pública está

⁽⁹¹⁾ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 51.

⁽⁹²⁾ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 30.

justificada, seja porque a actividade é pública e se encontra reservada a favor do Estado, seja porque tratando-se de uma actividade de interesse geral, se encontra sujeita a um regime especial de direito público ⁽⁹³⁾.

Já em sentido orgânico, o serviço público identifica uma determinada organização ou estrutura integrada na Administração Pública responsável pela prestação de determinados serviços aos cidadãos. Deste modo, e colocando o acento tónico neste elemento, *“serviços públicos seriam as estruturas organizadas e dirigidas por autoridades administrativas públicas que fornecem directa ou indirectamente prestações aos particulares e que funcionam com recurso aos procedimentos especiais do direito público”* ⁽⁹⁴⁾.

Finalmente, o serviço público em sentido funcional corresponde a um regime jurídico de direito administrativo, que se traduz na existência de regras e princípios próprios que, considerando a natureza das actividades em causa, regulam o seu exercício ⁽⁹⁵⁾. A *ratio* destas regras jurídicas especiais é uma só: *“o interesse particular deve inclinar-se perante o interesse geral”* ⁽⁹⁶⁾.

A generalização da prestação de serviços públicos por particulares, por um lado, e a progressiva criação, pela Administração, de entidades privadas incumbidas de prestarem estes serviços, por outro lado, a que se veio juntar o recurso crescente ao direito privado para a gestão de alguns destes serviços, com todas as dúvidas e confusões que tal aportou para a tradicional definição de serviço público, levará a que, a partir do início dos anos cinquenta, uma parte da doutrina denuncie a existência de uma crise da noção de serviço público, causada pela dissociação dos seus elementos orgânico, material e funcional. Deste modo, por esta altura, *“a noção de serviço*

⁽⁹³⁾ *“O que acontece é que umas vezes esse título de intervenção intensa que o Estado pretende se apoia numa referência subjectiva, ou seja, numa titularidade declarada a seu favor; enquanto outras vezes, o Estado justifica essa intervenção na importância social daquelas actividades que o autorizam a regulamentá-las intensamente sem necessidade de as declarar próprias; declaração essa que seria, além do mais, improcedente, já que em alguns domínios o Estado seria incapaz de a cumprir em toda a sua extensão; politicamente não é possível, nestes casos, a declaração pública e subjectiva da reserva de titularidade porque o Estado sabe a priori que é incapaz de cobrir a totalidade das necessidades ou porque a sociedade não o consente ou porque a Constituição o proíbe”* (GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 552).

⁽⁹⁴⁾ ROGER BONNARD, *Précis de Droit Public*, 7.^a edição, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1946, p. 183. Entre nós, e mais recentemente, FREITAS DO AMARAL adopta também uma definição de serviço público em sentido orgânico, nos termos da qual os serviços públicos são *“as organizações humanas criadas no seio de cada pessoa colectiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob a direcção dos respectivos órgãos”* (cfr. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 792).

⁽⁹⁵⁾ Fazem parte deste regime, entre outros, os princípios da continuidade, da regularidade e da igualdade na prestação do serviço.

⁽⁹⁶⁾ GASTON JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Marcel Girard, Paris, 1934, p. 3.

público havia perdido, ao mesmo tempo que a sua unidade, o seu valor de “noção explicativa””⁽⁹⁷⁾.

A história do conceito de serviço público é feita, porém, de avanços e de recuos. Com efeito, após esta crise, o conceito voltaria a ser revitalizado, nomeadamente em França, através da jurisprudência do Conselho de Estado, sendo novamente erigido a categoria fundamental do direito administrativo positivo. Sinal disso mesmo é a pergunta que, em plena década de setenta, PROSPER WEIL colocava, no seu *Direito Administrativo*, questionando se haveria “(p)ara qualquer jurista que frequenta este meio (...) palavras mais ricas de conteúdo do que “necessidades do serviço”, “bom andamento do serviço público”, “continuidade do serviço público”, etc?”⁽⁹⁸⁾.

2.3. As novas formas jurídicas de intervenção do Estado na economia

O crescimento extraordinário da intervenção pública que marca o período do Estado Social tem, naturalmente, consequências não só ao nível do aparecimento de novas entidades administrativas, como também da modificação dos instrumentos jurídicos tradicionalmente usados pela Administração Pública.

Passamos, assim, de um direito administrativo construído em torno da ideia de protecção dos direitos dos particulares para um direito administrativo preocupado em tornar a acção administrativa o mais eficaz possível tendo em vista a defesa do interesse geral.

Assiste-se, por conseguinte, a uma mudança do paradigma herdado do século anterior, deixando a Administração Pública de ter *vergonha* da sua actuação. Deste modo, ao contrário do que se verificou no período liberal, a intervenção pública deixa de ser meramente supletiva relativamente à iniciativa privada, para passar a ser dominante. O Estado deixa, portanto, de se contentar em apoiar a actividade dos privados para passar, ele próprio, a produzir directamente certos bens e a prestar determinados serviços.

Às actividades de serviço público juntam-se as actividades de gestão económica que, ao contrário das primeiras, são actividades que estão no mercado, encontrando-se submetidas a uma lógica comercial e não apenas puramente administrativa.

⁽⁹⁷⁾ GILLES J. GUGLIELMI / GENEVIEVE KOUBI, *Droit du Service Public*, Montchrestien, EJA, Paris, 2000, p. 55.

⁽⁹⁸⁾ PROSPER WEIL, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 22. Em sentido diferente veja-se MIGUEL SENDÍN GARCIA, para quem, com o Estado Social e com a expansão do intervencionismo público, “o serviço público deixa de ser a pedra angular do *Direito Administrativo* para passar a ser um simples modo de actuação da Administração” (cfr. *Hacia un servicio público europeo – El nuevo derecho de los servicios públicos*, op. cit., p. 345).

É o Estado empresário em todo o seu esplendor. O resultado deste modelo foi o aparecimento em quase todas as economias ocidentais de um pesado sector empresarial público. A empresa pública torna-se, assim, por esta altura, o meio predilecto de intervenção do Estado na economia, transformando-se num importante instrumento de política económica.

Deste modo, ao lado das tradicionais empresas mono-sectoriais e monopolísticas de serviço público ⁽⁹⁹⁾ vão surgindo, cada vez mais, empresas públicas organizadas sob forma privada, pluri-sectoriais, assentes sobre o modelo dos grupos privados e que actuam em concorrência com empresas detidas por privados ⁽¹⁰⁰⁾.

Estes dois tipos de empresas públicas têm em comum o facto de serem um instrumento ao serviço dos fins do Estado. Porém, enquanto no primeiro caso se trata de um instrumento directo de satisfação de necessidades colectivas, no segundo caso trata-se de influenciar o mercado e de conseguir deste modo, ainda que de forma indirecta, controlar a economia nacional ⁽¹⁰¹⁾.

Ora, a expansão fenomenal que o sector empresarial público conhece, nesta época, na Europa explica-se quer por causas ideológicas, quer por causas pragmáticas. Mais, no entanto, do que a influência das ideias socialistas, o forte crescimento do sector público deveu-se sobretudo a uma série de outras causas: fim do prazo de concessões que o Estado passou a assumir daí em diante; necessidade de fazer elevados investimentos iniciais em determinadas indústrias (siderurgia, por exemplo) a que se somavam, noutros casos, a necessidade de garantir a realização de investimentos constantes para fazer face a desenvolvimentos tecnológicos; necessidade de garantir a existência de monopólios públicos em determinados sectores chave, a que se juntaram também causas económico-financeiras, como a necessidade de criar emprego e de garantir a estabilidade dos preços dos bens.

⁽⁹⁹⁾ Estas empresas assumiam tradicionalmente duas formas: empresas-órgão, sem personalidade jurídica e que se encontravam integradas em pessoas colectivas públicas, sendo administradas por órgãos dessas entidades (ex. os serviços municipalizados); e as empresas que assumiam a forma de verdadeiras pessoas colectivas de direito público, com autonomia financeira e patrimonial.

⁽¹⁰⁰⁾ SABINO CASSESE, "La maitrise des entreprises du secteur public", in AAVV, *Les Entreprises du Secteur Public dans les Pays de la Communauté Européenne*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruyland, Bruxelles, 1987, p. 579.

⁽¹⁰¹⁾ Como afirma GÉRARD TIMSIT "é legítimo supor – e isso não será aberrante – que se, num determinado país, o Estado escolhe estender o campo das empresas públicas, isso se deve, precisamente, ao facto de que ele deseja, através das empresas públicas, controlar de uma forma mais estreita a economia do país e, por consequência, fazer das empresas o instrumento da sua política económica" ("Le secteur des entreprises publiques en Europe", in AAVV, *Les Entreprises du Secteur Public dans les Pays de la Communauté Européenne*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruyland, Bruxelles, 1987, p. 14). No mesmo sentido, veja-se SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes – Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, p. 109.

Para além destas causas, existiam depois várias outras, algumas delas dificilmente perceptíveis e que só com dificuldade poderiam ser reconduzidas aos fins do Estado. Com efeito, a verdade é que não havia ramo de actividade em que o Estado não estivesse (desde o armamento, ao vestuário, às porcelanas, às cervejas, aos tabacos, aos fósforos, aos cimentos, à produção de automóveis ou de vidros, entre muitos outros).

Entretanto, não terá sido também indiferente para a expansão do sector empresarial do Estado, o movimento de nacionalizações que varreu a Europa logo a seguir à Segunda Guerra Mundial e que conheceria, ao longo do século passado, outras vagas ⁽¹⁰²⁾. São vários os motivos que estão por detrás das nacionalizações, não se esgotando apenas em razões de natureza política ou ideológica. Em termos económicos, talvez o mais significativo fosse o entendimento de que *“a propriedade estatal daria ao Estado o poder para impor uma estrutura planeada à economia e, ao mesmo tempo, proteger o interesse público contra interesses privados poderosos”* ⁽¹⁰³⁾. As nacionalizações acabavam, assim, por ser também um modo de regulação da economia pelo Estado.

Vivia-se, deste modo, um período em que a economia era condicionada pela planificação e propriedade públicas.

Em alguns casos, o sector empresarial público assumia ainda um papel de decisor e definidor de certos tipos de políticas sectoriais ⁽¹⁰⁴⁾.

Com efeito, a existência de empresas públicas em sectores chave da economia (energia, transportes, comunicações) não era *inocente*. Se, por um lado, se procurava assegurar, desta forma, que determinadas infra-estruturas se mantinham propriedade da colectividade - de forma a garantir a independência nacional e a impedir o domínio da vida económica e social por grandes grupos privados – tratava-se, por outro lado, de definir, através destas empresas públicas, a política do respectivo sector.

O conceito de empresa pública englobou, assim, nos vários países europeus, realidades muito distintas.

Efectivamente, para além de se referir a pessoas colectivas públicas, este conceito foi também utilizado para abranger sociedades organizadas segundo o direito privado, em que o Estado detinha a totalidade ou, pelo menos, a maioria do capital

⁽¹⁰²⁾ Em Portugal, por exemplo, e não obstante algumas nacionalizações ocorridas no período do Estado Novo, este movimento só viria a conhecer o seu apogeu após o 25 de Abril de 1974, tendo um cariz marcadamente ideológico.

⁽¹⁰³⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança”, in AAVV, *Regulação Económica e Democracia: O Debate Europeu*, Editora Singular, São Paulo, 2006, p. 7.

⁽¹⁰⁴⁾ cfr. ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público. Introdução aos Subsectores Institucionais (Aditamento de Actualização)*, reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, p. 190.

social (sociedades de economia mista). Aliás, a partir da segunda metade dos anos setenta, as empresas públicas, organizadas sob forma privada, vão mesmo tornar-se preponderantes ⁽¹⁰⁵⁾.

Independentemente da sua forma jurídica pública ou privada, regra geral o funcionamento das empresas públicas – sobretudo as empresas de interesse económico - encontrava-se sujeito ao direito privado (civil e comercial). A gestão privada era, aliás, nas palavras de FREITAS DO AMARAL, em 1971, uma das maiores inovações da empresa pública ⁽¹⁰⁶⁾, o que não deixa de ser paradoxal.

Como sublinha o mesmo Autor “(o) *interesse colectivo, que outrora reclamara um direito novo e autónomo para facultar à Administração pública actuações mais expeditas do que as que lhe eram proporcionadas pelo direito civil, exige hoje para certos efeitos o regresso às regras e aos princípios privatísticos com vista à obtenção de maior eficiência do que a consentida pelo direito administrativo*” ⁽¹⁰⁷⁾.

Era então já um presságio de uma crise do Direito Administrativo que não tardaria a eclodir.

Com efeito, não obstante a crescente intervenção do Estado na actividade económica durante este período ter contribuído para um extraordinário desenvolvimento do Direito Administrativo, chegando mesmo a designar-se o Estado Social como um Estado Administrativo, assiste-se, paralelamente, a um recurso crescente, por parte das entidades públicas, a formas de organização e a regimes jurídicos próprios do direito privado. Deste modo, após décadas a tentar *publicizar*

⁽¹⁰⁵⁾ Em Portugal só mais recentemente, no entanto, com a publicação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, se pôs fim a uma querela que dividia a doutrina nacional sobre a qualificação destas empresas como empresas públicas e para a qual muito contribuiu a definição restrita de empresa pública constante do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril (Estatuto das Empresas Públicas) entretanto revogado. Com efeito, de acordo com a definição legal constante do art. 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 260/76, apenas seriam empresas públicas “as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para exploração de actividades de natureza económica ou social, de acordo com o planeamento económico nacional (...)”, fazendo parte da definição também as empresas nacionalizadas (cfr. art. 1.º, n.º 2 do mesmo diploma) – sobre o conceito de empresa pública na vigência do Decreto-Lei n.º 260/76, veja-se, entre outros, LUIS CABRAL DE MONCADA, *A Empresa Pública e o seu regime jurídico. Aspectos gerais*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra dos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Queiró*, Coimbra, 1986 e JORGE COUTINHO DE ABREU, *Definição de Empresa Pública*, Separata do volume XXXIV do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1990. Para uma análise do âmbito do novo regime jurídico do Sector Empresarial do Estado ver, entre outros, a obra colectiva organizada por EDUARDO PAZ FERREIRA, *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000.

⁽¹⁰⁶⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *As Modernas Empresas Públicas Portuguesas*, s. n., Lisboa, 1971, p. 25.

⁽¹⁰⁷⁾ Ibidem.

todas as actuações económicas do Estado, eis que *“o direito privado, expulso pela porta, voltava a entrar pela janela”* ⁽¹⁰⁸⁾.

O aumento das tarefas do Estado viria a ter, assim, um efeito, à primeira vista, imprevisível: uma crescente utilização do direito privado. Uma análise mais profunda leva-nos, no entanto, a concluir que esta consequência não é, afinal, tão surpreendente como poderia parecer de início.

Com efeito, basta considerar que o crescimento da actividade do Estado nunca teria sido possível se não se tivessem encontrado, em certas situações, formas mais flexíveis, e nalguns casos menos burocráticas, de organização e de actuação das entidades administrativas. Disso é, aliás, um bom exemplo, a utilização pela Administração, por esta altura, e de forma cada vez mais recorrente, da figura do contrato que é o instituto, por excelência, do direito privado. Como escreve PAREJO ALFONSO, *“(a) assunção de objectivos de configuração social e de prestação de bens vitais coloca a Administração numa posição nova: posição essa em que depende, para a realização dos seus fins e competências – cada vez em maior número -, da aceitação da sua acção pelos destinatários da mesma, quando não da cooperação ou colaboração activas destes últimos”* ⁽¹⁰⁹⁾. Não foi, no entanto, sempre assim.

Efectivamente, depois do florescimento que a teoria do contrato administrativo conheceu em pleno Estado Liberal, nomeadamente entre os autores franceses, a mesma viria a entrar em declínio nos anos trinta do século XX. O fortalecimento do papel do Estado interventor não foi, por certo, indiferente para o declínio da figura do contrato, considerado uma manifestação da autonomia da vontade e da igualdade das partes. Por esta altura, o contrato não passava, pois, de um *“souvenir de la belle époque”* ⁽¹¹⁰⁾.

A situação viria, no entanto, a alterar-se nos anos seguintes, à medida que *“o dirigismo económico, em que o Estado actua de face descoberta, irá, progressivamente, dar lugar a um simples intervencionismo, em que o Estado se compromete menos abertamente e usa vias mais subtis”* ⁽¹¹¹⁾. Ao lado da Administração prestadora, surge agora também uma Administração concertada.

⁽¹⁰⁸⁾ MASSIMO SEVERO GIANNINI, “Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas”, in AAVV, *La Empresa Pública*, EVELIO VERDERA Y TUELS (direcção), Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bologna, 1970, p. 103.

⁽¹⁰⁹⁾ LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 30. No mesmo sentido, veja-se ANDRÉ DE LAUBADÉRE et al., *Traité des Contrats Administratifs*, volume I, 2.^a edição, LGDJ, Paris, 1983, pp. 19 e segs..

⁽¹¹⁰⁾ PROSPER WEIL, “Le renouveau de la theorie du contrat administratif et ses difficultés”, in AAVV, *Mélanges en l’Honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, p. 219.

⁽¹¹¹⁾ Idem, pp. 219-220.

Será, sobretudo, no domínio económico que a Administração passa a optar por formas de actuação que privilegiam a concertação e o acordo com os particulares ⁽¹¹²⁾. O contrato encontra, assim, nesta fase, um terreno fértil para se afirmar como um dos instrumentos privilegiados da actuação económica do Estado, multiplicando-se os contratos de investimento, os contratos programa, os contratos fiscais, os contratos de empreitada entre muitos outros.

A expansão da figura do contrato administrativo, nalguns casos para domínios até aí não conhecidos, teve, no entanto, uma consequência: só serviu para tornar mais difícil e mais confusa a sua definição. Com efeito, desde o nascimento da figura do contrato administrativo que os Autores têm procurado encontrar “o” critério que permita definir e, mais do que isso, distinguir os contratos administrativos dos contratos celebrados por simples particulares.

A teoria do contrato administrativo acabaria, assim, por *enfrentar*, por esta data, novos e maiores desafios: não só os tradicionais domínios de utilização desta figura se alargaram, surgindo novas dúvidas sobre o seu âmbito de aplicação, como se desmistificou também a questão da sua natureza exorbitante ⁽¹¹³⁾.

Neste cenário, em que o Estado privilegia a sua intervenção directa na economia, a figura da concessão administrativa, enquanto técnica de transferência de responsabilidades públicas para particulares, acaba, no entanto, por perder terreno. A concessão de serviços públicos, por exemplo, passa a ser usada quase exclusivamente apenas para serviços com carácter económico ⁽¹¹⁴⁾.

Assiste-se, porém, simultaneamente, a dois fenómenos curiosos – também eles ilustrativos, afinal, da presença tentacular do Estado em praticamente toda a actividade económica – as concessões passam a ser atribuídas a entidades privadas cuja maioria de capital é pública, ao mesmo tempo que empresas privadas, antigas concessionárias, e que entretanto foram nacionalizadas, são convertidas em empresas públicas concessionárias de serviços públicos. A concessão a entidades do sector público assume-se, portanto, por esta via, ainda como uma forma indirecta de ser o Estado a exercer uma determinada actividade económica.

O aumento exponencial das actividades e prestações a cargo do Estado, que marcam o modelo de Estado Social, determinaria, em suma, um crescimento extraordinário dos meios e formas jurídicas de actuação da Administração Pública.

⁽¹¹²⁾ Uma das mais importantes manifestações desta “governança concertada” traduziu-se no desenvolvimento da cooperação social e económica entre os “parceiros sociais” – sobre esta questão veja-se J. BAPTISTA MACHADO, “A Hipótese Neocorporativa”, in J. BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, volume II, Scientia jurídica, Braga, 1993, pp. 449 e segs..

⁽¹¹³⁾ Para a análise, em profundidade, destas questões veja-se, por todos, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, op. cit.

⁽¹¹⁴⁾ GASTON JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, op. cit., p. 64.

O Estado já não se limita agora, apenas, a autorizar, a proibir ou a condicionar; presta, fomenta, incentiva, constrói, fabrica. Às técnicas de intervenção na actividade económica do Estado Liberal, bastante limitadas mercê da concepção dominante do Estado Mínimo, juntam-se agora uma miríade de outras novas.

O serviço público assume-se como princípio e fim da intervenção pública. As empresas públicas são, por sua vez, a nova face de um Estado que já não é só polícia, mas que é, sobretudo, empresário e gestor.

A presença do Estado em todos os sectores da economia, mesmo naqueles em que era discutível a sua intervenção, seja em regime de monopólio ou em concorrência com os particulares, tinha em vista, assim, em última análise, o controlo do mercado, de forma a garantir não só a satisfação de (todas ou quase todas) as necessidades colectivas, mas também de modo a assegurar que os cidadãos obtêm os bens e os serviços de que precisam aos melhores preços e em condições eficientes. Neste contexto, a propriedade pública (que tem na figura da nacionalização o seu máximo expoente) surge como figura indispensável para a direcção da economia pelo Estado.

Nas palavras de FORSTHOFF, “(...) *o homem moderno não vive apenas no Estado, como vive do Estado*” ⁽¹¹⁵⁾. A dependência do indivíduo face a este “novo” Estado que domina o panorama económico e social é, pois, um facto inevitável, que contrasta, de forma evidente, com o individualismo do período liberal.

Por outro lado, as figuras tradicionais do direito administrativo clássico, como o acto administrativo e o contrato, conhecem também agora uma profunda renovação para se adaptarem às novas exigências de uma Administração prestadora ⁽¹¹⁶⁾.

Todos estes fenómenos irão desencadear, no entanto, simultaneamente com o crescimento do âmbito de aplicação do Direito Administrativo, um fenómeno que não deixa de ser paradoxal e que se prende, como referimos acima, com o recurso progressivo, por parte das entidades administrativas, a formas de organização e de actuação regidas pelo direito privado.

⁽¹¹⁵⁾ ERNEST FORSTHOFF, “Problemas Constitucionales del Estado Social”, in AAVV, *El Estado Social*, tradução José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 50.

⁽¹¹⁶⁾ No caso do acto administrativo, como refere VASCO PEREIRA DA SILVA, colocam-se, neste momento, novas questões, nomeadamente a questão da eficácia dos actos administrativos em relação a terceiros, a proliferação das decisões-plano e o aparecimento de actuações administrativas informais (cfr. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., p. 135). Sobre o conceito de acto administrativo durante este período veja-se também JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo”; in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, 61, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1189 e segs..

O importante, no final, era permitir à Administração que agisse “*com a rapidez de um engenho espacial, a força de um bulldozer, a liberdade de um pássaro*” ⁽¹¹⁷⁾, independentemente de ter de o fazer recorrendo ao direito público ou ao direito privado.

O modelo de Estado Social acabará, no entanto, por ser vítima do seu próprio sucesso. Como prenunciava DUGUIT, em 1913, “*o sistema jurídico, realista, socialista e objectivo é obra de um dia na história. Antes mesmo que a sua construção esteja acabada, um observador atento aperceber-se-á dos primeiros sinais de destruição e do aparecimento dos primeiros elementos de um novo sistema*” ⁽¹¹⁸⁾.

Ora, esses sinais apareceram em meados da década de setenta do século passado.

2.4. A crise do Estado Social

Eis que, quando se pensava que o modelo de Estado Social estava definitivamente consolidado, surgem os primeiros sinais da sua crise.

O crescimento económico vivido na maior parte dos países da Europa Ocidental durante o século XX, a par dos progressos tecnológicos que viram a luz do dia também neste período, foram responsáveis pela criação de uma sociedade mais adulta e mais exigente, porque mais complexa e culturalmente mais evoluída, o que, por sua vez, se viria a traduzir numa sociedade cada vez mais insatisfeita ⁽¹¹⁹⁾. Não deixa, portanto, de ser um paradoxo que seja esta mesma sociedade – criada pelo Estado de bem-estar – que começa a questionar a capacidade do Estado para dirigir a economia e a sociedade como até ali vinha fazendo.

As primeiras vozes críticas surgem ainda em meados dos anos setenta, mas irão continuar a fazer-se ouvir ao longo das duas décadas seguintes.

São várias as causas desta insatisfação crescente e generalizada, que atinge todos os sectores da sociedade ⁽¹²⁰⁾. As palavras de ARIÑO ORTIZ são, aliás,

⁽¹¹⁷⁾ CHARLES DEBBASCH, “Le Droit Administratif face a l’ evolution de l’ Administration française”, in AAVV, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 346.

⁽¹¹⁸⁾ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 281.

⁽¹¹⁹⁾ Sobre a inovação tecnológica como mote para uma crise entre a ciência e a política, veja-se o artigo de LUC ROUBAN, “Innovation, Complexité et Crise de l’ État Moderne”, *Revue Française de Science Politique*, volume 38, n.º 3, 1988, pp. 325 e segs..

⁽¹²⁰⁾ Para uma enumeração de alguns dos “sintomas de doença” do Estado Providência veja-se VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 138-140. O Autor destaca seis “sintomas”, são eles (i) as limitações e insuficiências das políticas económicas baseadas no expansionismo da procura; (ii) a ineficiência económica; (iii) a emergência da “questão ecológica”; (iv) o constante aumento das contribuições dos indivíduos

bastante ilustrativas do estado a que se tinha chegado: “(...) *existe hoje, no mundo inteiro, uma convicção: o Estado tornou-se demasiado grande sendo a sua incapacidade notória; a ineficiência económica do sector público é alarmante; a qualidade dos serviços é mínima e o cidadão é hoje um escravo, cuja vida e património estão entregues a um monstro que devora os seus próprios filhos*” ⁽¹²¹⁾.

O crescimento desmesurado do sector público havia conduzido, assim, a duas consequências que, aos olhos dos cidadãos, se tornavam cada vez mais evidentes e, acima de tudo, incompatíveis: a crescente ineficiência dos serviços públicos e o progressivo aumento dos impostos, o que se reflectia, em última análise, nas finanças das famílias e dos indivíduos ⁽¹²²⁾.

Nem o aumento do número de contribuintes conseguiu diminuir a crescente pressão fiscal, tendo contribuído, antes, para aumentar os custos com as prestações sociais suportadas pelo Estado (saúde, educação, assistência social), agravando, mais ainda, desta forma, as dificuldades do erário público.

O modelo de Estado de bem-estar que durante mais de três décadas tinha sido sinónimo de crescimento e de progresso social começava, portanto, a revelar os seus limites: afinal o crescimento não seria infinito, nem os cidadãos poderiam continuar a esperar dos serviços públicos a solução para todas as suas necessidades, a não ser que quisessem fazer sacrifícios cada vez maiores.

Deste modo, eram cada vez mais aqueles que alertavam para o facto de a intervenção do Estado na economia ter chegado longe de mais, embora nem sempre fosse claro se as suas críticas se ficavam a dever ao peso excessivo do sector público empresarial ou a um papel desmesurado do Estado propriamente dito no regime de protecção social, que terá estado na origem do próprio modelo de Estado Providência.

A verdade é que, por esta altura, a maior parte das empresas públicas começou a revelar problemas crónicos de endividamento, o que acabava por ser uma

para o Estado; (v) o risco da menor imparcialidade do Estado e, por último, (vi) o alheamento dos cidadãos em face dos fenómenos políticos.

⁽¹²¹⁾ GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 600.

⁽¹²²⁾ Pronunciando-se sobre a situação em Portugal, em que este modelo apenas entra em crise em plena década de noventa, escreve MIGUEL CADILHE que “(...) *o Estado vai em crescendo de dimensão, burocracia, relativa ineficiência. Diria que os regimes dos sistemas públicos carecem de profunda revisão e de uma outra perspectiva. Diria que o grau de regulamentação e a qualidade dos procedimentos administrativos são inapropriados. Diria que há graves falhas do Estado que, todavia, é excessivo. De tal modo as coisas estão generalizadamente assim, que uma reforma estrutural, transversal, célere, de eficiência e emagrecimento em todas as frentes é a opção que se me afigura mais adequada, pesem embora os riscos funcionais que ela acarreta e os requisitos políticos que ela suscita. Reforma que reconceitue, modernize, redimensione e fortaleça o Estado português, para que este se auto-regenere como Estado social e deixe de sobrecarregar o contribuinte e a competitividade*” (“Fronteiras das Funções do Estado”, in AAVV, *O Estado no século XXI: redefinição das suas funções*, INA/Tribunal de Contas, Oeiras, 2005, p. 45).

consequência natural tendo em conta que “(...) o seu comportamento se afasta dos puros critérios de gestão empresarial para se nortear por objectivos de outra natureza (...)” ⁽¹²³⁾, como a necessidade de garantir níveis de preços e volumes de emprego.

São, aliás, bem conhecidos os défices da maior parte das empresas públicas responsáveis pela prestação de serviços de interesse geral, cuja causa principal pode ser atribuída precisamente à preocupação de assegurar que todos os cidadãos tivessem acesso, a maior parte das vezes a preços baixos, a estes serviços considerados essenciais (como o fornecimento de água, os transportes e os correios, apenas para dar alguns exemplos), muito embora isso representasse, quase sempre, perdas avultadas para a empresa.

É caso, portanto, para se dizer que o Estado de bem-estar acabou por ser vítima do seu próprio sucesso.

Na origem desta crise do Estado Social estão também, no entanto, para além de factores internos, factores externos, como a globalização da economia.

Com efeito, a partir dos anos setenta, este fenómeno começa a ser cada vez mais evidente, sendo responsável pelo aparecimento de novas relações de interdependência entre os Estados, ao mesmo tempo que se traduz na multiplicação de organizações internacionais e supranacionais. A globalização e as interconexões internacionais levam, assim, a uma progressiva “desterritorialização” das actividades económicas ⁽¹²⁴⁾.

A crise económica e financeira que se vivia por esta altura ⁽¹²⁵⁾ estará, desta forma, na origem de uma crise mais profunda sobre a necessidade de redefinição do papel do Estado, crise essa que “*não é fruto de um determinado governo, partido ou ideologia, mas de algo mais profundo, que pertence à ordem da biologia histórica: mudanças extraordinárias que transcendem as fronteiras territoriais e ideológicas*” ⁽¹²⁶⁾.

Os desafios que se colocavam ao Estado no final do século XX eram, por conseguinte, bastante diferentes dos desafios que o Estado havia enfrentado no início desse século. A história voltava, no entanto, a repetir-se: só que agora os teóricos já não criticavam as falhas do mercado, mas sim as falhas do sector público.

⁽¹²³⁾ ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público. Introdução aos Subsectores Institucionais (Aditamento de Actualização)*, op. cit., p. 202.

⁽¹²⁴⁾ SABINO CASSESE, *La crisis del Estado*, tradução de Pascual Caiella e Juan González Moras, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 59.

⁽¹²⁵⁾ Para além do crescente endividamento dos Estados em virtude do aumento das despesas públicas, sobretudo com a prestação de serviços públicos, a década de setenta ficou também marcada por sucessivos choques petrolíferos, que acabariam por afectar todas as economias ocidentais.

⁽¹²⁶⁾ GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 102.

O Estado que durante mais de meio século tinha sido visto como a solução para as falhas de um sistema assente, apenas, na confiança cega no funcionamento do mercado, provava, afinal, que também ele tinha limites e que nem a sua onnipresença era sinónimo de ausência de falhas. Aliás, o feitiço ameaçava mesmo virar-se contra o feiticeiro já que o Estado Social, criado para proteger os particulares, acabara por se tornar num “monstro” que ninguém conseguia controlar.

O *emagrecimento* do Estado passa a ser então o novo objectivo, defendendo-se a sua progressiva desintervenção na economia ⁽¹²⁷⁾ como forma de o alcançar.

Ressurge, simultaneamente, também, por esta altura, a crença no valor do indivíduo e da sociedade - que até ali tinham estado na sombra do Estado - para alcançar novas metas de desenvolvimento e, dessa forma, superar a crise do Estado Providência. Aliás, Autores como PIERRE ROSANVALLON defendem mesmo que na origem da crise deste modelo de Estado teriam estado, mais do que os aspectos económicos e financeiros, aspectos sociológicos e culturais. Deste modo, de acordo com esta concepção, a crise do Estado Providência apenas poderia ser superada através de um movimento tripartido que consistisse em *“reduzir a procura do Estado, devolver a solidariedade à sociedade e produzir uma maior transparência social”* ⁽¹²⁸⁾.

Assim, ao mesmo tempo que se argumentava com a redução progressiva do peso do Estado na economia, incentivava-se cada vez mais a revitalização do papel do indivíduo e da sociedade na busca da satisfação do interesse colectivo.

Onde antes estava o Estado, defende-se agora que deveria estar (novamente) o indivíduo.

A crise do Estado Social vai traduzir-se também numa crise das formas tradicionais de actuação da Administração Pública. Recorde-se, aliás, que por esta altura se encontrava bastante generalizado o fenómeno que ficou conhecido como “fuga para o Direito Privado” ⁽¹²⁹⁾ e que ameaçava o próprio Direito Administrativo entendido até ali como ramo especial do direito (e único, numa versão mais radical) destinado a regular a actuação das entidades públicas. Como justamente sublinha

⁽¹²⁷⁾ Adoptamos aqui, parcialmente, a noção de desintervenção usada por MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e VITAL MOREIRA, de acordo com a qual o conceito de desintervenção abrange todas as formas pelas quais o Estado deixa de ser, total ou parcialmente, produtor de bens e serviços, gestor e fornecedor de serviços públicos, transferindo essas tarefas para o sector privado, *lato sensu* (cfr. “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de serviços públicos”, in AAVV, *O Estado, a Economia e as Empresas*, Economia & Prospectiva, volume II, n.º 3/4, Out. 98/Mar.99, Ministério da Economia, Lisboa, p. 135). Não partilhamos, no entanto, a opinião dos Autores sobre a existência de desintervenção do Estado na área da regulação económica. Com efeito, se bem que esta tarefa não seja “exercida” em exclusivo por entes públicos, o nível de “desintervenção” é aqui completamente diferente do das restantes actividades que vinham sendo desempenhadas pelo Estado.

⁽¹²⁸⁾ PIERRE ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, op. cit., p. 114.

⁽¹²⁹⁾ Para uma análise mais detalhada deste fenómeno veja-se, entre nós, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, op. cit..

PAREJO ALFONSO, *“(n)uma sociedade como a actual (...) desenvolvida, informada, adulta, complexa, o modelo de pensamento fundamental do Direito administrativo não pode ser o da Administração autoritária ou de intervenção. É claro que o poder como tal (e a sua capacidade de acção – incluindo coerciva – unilateral) não vai desaparecer, nem sequer perder importância. Mas é claro também que tem de actuar-se de forma distinta, mais refinada, dosificada e subtil”* ⁽¹³⁰⁾.

Todos estes factores reclamavam, no final do século passado, uma profunda redefinição das tarefas do Estado, bem como dos limites da sua intervenção nos domínios económico e social. Deste modo, a crise do Estado Social ao mesmo tempo que serviu para pôr a descoberto uma série de incongruências daquele modelo de Estado, tornou também mais clara a necessidade de encontrar novas alternativas ao mesmo.

A existência de uma crise foi, neste caso, e tal como em todas as crises, apenas o prenúncio de uma mudança mais intensa.

Depois do Estado Liberal e do Estado Social, parecia então cada vez mais evidente que a solução teria de passar pela descoberta de um novo modelo de Estado que superasse os dois modelos anteriores.

⁽¹³⁰⁾ LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 45.

3. O aparecimento de um novo modelo de Estado na Europa: o Estado Regulador.

A análise que fizemos ao longo dos dois capítulos anteriores sobre as formas de intervenção do Estado na economia e, bem assim, sobre as transformações que as mesmas implicaram ao nível do Direito Administrativo, permite-nos concluir que, durante mais de dois séculos, o Estado representou papéis completamente diferentes, de Polícia a Empresário, tendo sido também Planificador. É caso para se dizer que, consoante as épocas históricas e as necessidades em cada tempo sentidas, o Estado foi mudando também de roupagens.

Deste modo, e perante a falência do modelo de Estado Social, cujas principais causas referimos no capítulo anterior, começa a despontar, nos finais do século passado (sobretudo na última década), em praticamente todos os países da Europa ocidental, a consciência de que seria necessário *construir* um novo modelo de Estado.

Não deixa, porém, de ser curioso constatar que, durante o período de crise do Estado Social, grande parte da doutrina ainda acreditava que essa fase correspondia a uma mera etapa transitória, de simples mudança do paradigma de intervenção do Estado na economia, ainda dentro do modelo de Estado Social ou de bem-estar (*Welfare State*).

A verdade, contudo, é que no final do século XX, início do presente, um novo modelo de Estado começava, decididamente, a desenhar-se a partir da crise do Estado Providência.

Deste modo, e ainda que os exactos contornos desse novo modelo não se encontrassem à época perfeitamente definidos, políticos e juristas estavam de acordo em relação a um ponto: o novo contexto económico e social, do final do século XX, reclamava o aparecimento de um Estado com um papel, no mínimo, “diferente”.

O Relatório Anual do Banco Mundial, publicado em 1997, com o título bastante sugestivo de “O Estado num Mundo em Transformação” ⁽¹³¹⁾, sugeria, aliás, uma dupla estratégia para levar avante a tarefa de redefinição do papel do Estado: ajustar, por um lado, a função do Estado à sua capacidade e aumentar, por outro lado, a capacidade do Estado revigorando as instituições públicas. No primeiro caso, tratava-se de avaliar de que maneira e em que sectores o Estado deveria intervir, enquanto no segundo estava em causa a elaboração de normas e controlos eficazes, de modo a prevenir acções arbitrárias do Estado e combater uma corrupção arreigada.

Parecia uma tarefa relativamente fácil. Nada, no entanto, de mais equívoco. A prova está em que, dezasseis anos passados sobre aquele Relatório, este novo

⁽¹³¹⁾ Publicação do Banco Mundial, tradução portuguesa, 1997.

modelo de Estado continua ainda hoje (ou está, sobretudo, hoje, diremos nós) por consolidar. Com efeito, numa altura em que o modelo de Estado Social parece estar, definitivamente, esgotado, nunca como antes esta questão se mostrou tão urgente.

Os desafios são, portanto, vários, abrangendo todos os quadrantes da sociedade, incluindo também, como não podia deixar de ser, o domínio do Direito.

Se, por um lado, o Estado não pode continuar a prestar actividades que, durante anos a fio, foram consideradas como sendo públicas, por outro lado, o progresso económico, social e cultural alcançado pela sociedade criada pelo Estado de bem-estar também não pode ser posto em causa pela simples retirada de cena do Estado.

O novo modelo passa, então, por um compromisso aparentemente impossível de alcançar.

Posta de parte que está a hipótese do desaparecimento, puro e simples, do Estado, é necessário encontrar-lhe novas tarefas “*num mundo em transformação*”, para recuperar o título do Relatório do Banco Mundial citado acima.

É este, portanto, o retrato da situação em que nos encontramos actualmente na Europa ⁽¹³²⁾.

Deste modo, num contexto em que, sob o lema do “small is beautiful”, se assiste diariamente à transferência para privados de tarefas públicas ⁽¹³³⁾, ao mesmo tempo que se desmantelam antigos monopólios públicos em nome da revitalização do mercado e da iniciativa privada, tudo em detrimento da iniciativa pública, há uma pergunta que se impõe: qual o papel que *resta* ao Estado?

A resposta que tem sido dada, e para a qual não é, de todo, indiferente a influência do Direito Comunitário, é a de que ao Estado cabe velar pelo bom funcionamento do mercado.

Mas isso não é o que o Estado tem feito desde sempre, poderá perguntar-se. A análise da evolução das formas de intervenção do Estado na economia nos modelos de Estado Liberal, primeiro, e de Estado Social depois, demonstra efectivamente que, a par de outras funções, o Estado sempre desempenhou, em qualquer um daqueles modelos, uma função de regulação da economia ⁽¹³⁴⁾. Enquanto no Estado Liberal e dentro dos condicionalismos próprios do liberalismo económico, essa função se traduziu, em termos latos, na aprovação de leis e de regulamentos de forma a garantir a protecção de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (como o direito de

⁽¹³²⁾ E nos Estados Unidos da América também, conforme veremos melhor adiante, embora as razões que conduziram a esta situação naquele país não tenham sido, necessariamente, as mesmas da generalidade dos países europeus.

⁽¹³³⁾ Sobre este tema veja-se PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, op. cit..

⁽¹³⁴⁾ O termo regulação é aqui usado de forma, propositadamente, abrangente, ainda sem qualquer preocupação de delimitação que deixamos para a Parte II.

propriedade e a iniciativa privada), no período do Estado Social a regulação pública da economia foi, sobretudo, sinónimo de intervenção directa, através da produção de bens e da prestação de serviços e de propriedade pública ⁽¹³⁵⁾.

Será, assim, exacto afirmar, como fazemos na epígrafe deste capítulo, o aparecimento, na Europa, no dealbar do século XXI, de um novo modelo de Estado assente numa nova função estadual que é a função de regulação?

Colocada nestes termos, a resposta teria de ser provavelmente negativa. Com efeito, a função de regulação dos mercados não é desconhecida de outros modelos de Estado, como, de resto, resulta da análise que empreendemos nos capítulos anteriores.

Então porquê falar de um (novo) modelo de Estado Regulador?

O que está em causa não é tanto assinalar o aparecimento de uma nova função do Estado, mas sim enfatizar o facto de que esta função se tornou, no momento actual, predominante, tendo adquirido, mercê do novo contexto económico-social, um novo sentido, o que leva, muito justamente, em nossa opinião, a conotar o novo modelo de Estado, que surge no final do século passado, com essa função de regulação. Daí que adoptemos a designação de Estado Regulador ⁽¹³⁶⁾, por contraposição a outras expressões que têm sido igualmente utilizadas para designar este novo tipo de Estado, como Estado pós-social ⁽¹³⁷⁾, Estado garantidor, orientador, incentivador ou supervisor ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ Como assinala VITAL MOREIRA, “(...) no paradigma tradicional do Estado intervencionista as funções de regulação eram em geral efectivadas por via da propriedade pública ou estava integrada com a propriedade pública, estando aquelas confiadas directamente aos operadores públicos de cada sector” (“Lamentável recuo”, in MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES / VITAL MOREIRA, *A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 137).

⁽¹³⁶⁾ Esta é uma expressão que tem sido usada também pela doutrina estrangeira, sobretudo de inspiração anglo-saxónica, mas não só – veja-se, entre outros, ROGER KING, *The Regulatory State in an age of governance: Soft Words and Big Sticks*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2007, MARIANO CARBAJALES, *El Estado Regulador – Hacia un nuevo modelo de Estado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, MICHAEL MORAN, *The British Regulatory State, High Modernism and hyper-Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2003, MARKUS M. MULLER, *The New Regulatory State in Germany*, The University of Birmingham University Press, Birmingham, 2002, ANTÓNIO LA SPINA / GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.

⁽¹³⁷⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, op. cit., p. 141.

⁽¹³⁸⁾ SUZANA TAVARES DA SILVA refere-se, no entanto, ao modelo de Estado orientador, incentivador e garantidor como um sucessor do modelo de Estado regulador. Com efeito, escreve aquela Autora, o Estado incentivador “é um Estado para lá do Estado regulador ou, se preferirmos adoptar uma noção ampla de regulação, é um Estado regulador de garantia, que se assume com um Estado incentivador, estratega e supervisor, retraindo a sua intervenção de autoridade para níveis abstractos de normação e construindo uma parte importante das suas tarefas em regime de subordinação a regras e princípios de direito privado como via de promoção do interesse geral” (*O Sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, op. cit., p. 59). Este “novo” modelo de Estado seria, portanto, na concepção da Autora, uma espécie de resposta às “falhas da regulação”, enquanto o Estado Regulador se

A emergência deste novo modelo de Estado não é, no entanto, aceite unanimemente pela doutrina. Pronunciando-se em sentido contrário, PAZ FERREIRA afirma, por exemplo, que *“a importância que a regulação ganhou, entre nós, não fundamenta suficientemente a tentativa de construção da figura de um Estado Regulador, que teria substituído o Estado intervencionista”*, uma vez que, entende o Autor, apesar da importância que a regulação tem vindo a ganhar, tal não significa que *“o Estado tenha aberto totalmente mão de outros instrumentos de política económica relevante”* ⁽¹³⁹⁾.

Permitimo-nos, porém, discordar desta opinião. Com efeito, o facto de se colocar a tónica na nova (não no sentido de recente, mas sim de renovada) função de regulação do Estado não tem de significar o abandono de outros instrumentos de política económica ⁽¹⁴⁰⁾. Mesmo no modelo de Estado Social, o Estado não deixava de ser visto como intervencionista quando limitava ou condicionava a actividade dos privados, em moldes semelhantes aos que caracterizavam a sua actuação no período do Estado Liberal (através de licenças e de autorizações, por exemplo).

A verdade, porém, é que, num contexto de florescimento de movimentos que vêm no mercado e nos privados um meio de promoção do progresso e, nalguns casos, a única forma de alcançar o bem-estar social, as formas de actuação do Estado têm, necessariamente, de se transformar. A fórmula Estado Regulador é então, neste contexto, aquela que melhor exprime, em nossa opinião, a nova concepção arbitral do papel do Estado na economia ⁽¹⁴¹⁾.

Com efeito, de acordo com este novo modelo, o Estado passa a ser, fundamentalmente, um árbitro que estabelece as regras do jogo (que não é outro

concentraria ainda, e apenas, nas “falhas do mercado”. Não cremos, no entanto, que existam motivos suficientemente válidos para fazer semelhante distinção (entre o modelo de Estado Regulador e o modelo de Estado Orientador, Incentivador e Garantidor), a qual nos parece forçada e mesmo, em certa medida, artificial. Com efeito, parece-nos que se trata, acima de tudo, de uma questão da perspectiva adoptada sobre a fase ou estágio em que se encontra o processo de regulação. Pela nossa parte, continuamos a preferir a expressão Estado Regulador, precisamente pela sua abrangência em relação ao fenómeno que é a regulação e cujas principais facetas teremos oportunidade de analisar melhor na Parte II *infra*.

⁽¹³⁹⁾ EDUARDO PAZ FERREIRA, “A Regulação Pública de Actividades Económicas em Portugal”, in AAVV, *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas*, volume II, DÁRIO MOURA VICENTE / MARSHALL J. BERGER (organizadores), Almedina, Coimbra, 2010, p. 19.

⁽¹⁴⁰⁾ No mesmo sentido, veja-se SÉRVULO CORREIA, para quem *“(A) entrada neste novo período característico não significa que tenham passado à história instrumentos típicos como os do acto ablativo e do acto de prestação e as espécies de relações jurídicas administrativas em que estes se incrustam mas tão só que outros modelos metodológicos ascendem e ganham importância decisiva no discurso explicativo da essência do Direito Administrativo”* (“Acto Administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica*, 61, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 1159).

⁽¹⁴¹⁾ JACQUES CHEVALIER, “L’État Régulateur”, *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 111, 2004, p. 477.

senão o jogo do mercado), jogo esse em que os jogadores deixam de ser apenas ou maioritariamente públicos, para serem, cada vez mais, apenas privados. O que se pede ao Estado é, portanto, que assegure que os jogadores respeitam as regras pré-estabelecidas, não viciando os dados do jogo, seja condicionando o resultado do mesmo, seja impedindo a entrada de novos jogadores. Isto não significa, no entanto, que nalgumas situações o Estado não possa ser também um jogador. Essas situações devem ser, porém, a excepção e não a regra. Por outro lado, e ao contrário do que acontecia também no passado, quando o Estado surge agora em campo como jogador, já não pode ser também, simultaneamente, árbitro.

O Estado deverá agir, assim, sobretudo, como um “market builder” ⁽¹⁴²⁾, deixando para outros (os privados) o papel de operadores. Sem meios que lhe permitam continuar a criar empresas colocadas em sectores-chave da economia, o Estado remete-se, desta forma, para o papel de regulador desses mercados, o que lhe permitirá manter-se no mercado (ainda que de forma indirecta). No seu papel de regulador, o Estado não se limita, no entanto, apenas a condicionar a actividade dos operadores do mercado, orientando e supervisionando igualmente, ao mesmo tempo que assegura o respeito pelos direitos dos particulares (consumidores).

Assim, e ainda que a emergência de um novo modelo de Estado Regulador tenha nas correntes neoliberais a sua inspiração filosófico-política, é, porém, nos sobre-endividamentos públicos a que o modelo de Estado Social conduziu a maior parte dos países ocidentais nas últimas décadas que encontra a sua explicação prática.

A superação do modelo anterior, de Estado Social ou de bem-estar, com o consequente afastamento do modelo de intervenção pública assente na propriedade pública, em que para além de finalidades económicas, se prosseguiam também fins políticos e sociais (como o desenvolvimento económico, a inovação tecnológica e a redistribuição de riqueza), coloca, desde logo, a questão de saber de que forma a transição para a regulação pública afecta a natureza e o impacto da intervenção governamental ⁽¹⁴³⁾.

O que nos propomos fazer neste capítulo será, precisamente, analisar de que forma se opera essa transformação, deixando para as Parte II e III da presente dissertação o estudo das suas principais consequências em termos de organização e de formas de actuação da Administração Pública.

⁽¹⁴²⁾ A expressão é de SABINO CASSESE (cfr. *La crisis del Estado*, op. cit., p. 78).

⁽¹⁴³⁾ Cfr. BURKARD EBERLEIN, “L’État régulateur en Europe”, *Revue Française de Science Politique*, volume 49, n.º 2, 1999, p. 211.

Antecipando já algumas conclusões, poderá dizer-se, porém, que semelhantes transformações exigem uma reforma profunda não só da Administração Pública (enquanto braço executivo do Estado), mas também do direito de que esta se socorre na sua actuação. Com efeito, como referem, mais amplamente, MAJONE e LA SPINA, “(...) a afirmação do Estado Regulador é um facto mais vasto, não apenas Europeu, que anuncia novas relações entre instituições públicas, política representativa, mercado e cidadania” ⁽¹⁴⁴⁾.

3.1. A influência decisiva do Direito Comunitário. Liberalização e Privatização.

É um facto incontornável a influência que o Direito Comunitário exerceu (e o Direito da União Europeia continua a exercer) sobre os ordenamentos jurídicos dos Estados que compõem a União Europeia.

Em particular, no campo do Direito Administrativo, tem-se assistido a um movimento que alguns Autores designam por “europeização dos direitos administrativos nacionais” ⁽¹⁴⁵⁾ e que se fica a dever quer ao processo de harmonização das legislações nacionais no campo da actividade administrativa, quer à jurisprudência comunitária ⁽¹⁴⁶⁾.

Trata-se de um fenómeno relativamente recente. Efectivamente, até há bem pouco tempo, pensava-se que uma convergência entre os distintos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros apenas seria possível ao nível do direito privado, já que “cada direito administrativo era visto como filho da sua própria história nacional e do seu próprio direito positivo” ⁽¹⁴⁷⁾. A verdade, porém, é que a existência de problemas comuns às diferentes jurisdições nacionais acabaria também por

⁽¹⁴⁴⁾ ANTÓNIO LA SPINA / GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, op. cit., p. 9.

⁽¹⁴⁵⁾ Sobre os diferentes níveis de influência do Direito Comunitário e a europeização dos vários Direitos Administrativos nacionais veja-se, entre outros, MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Administrativo Europeu – um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 903 e segs., MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 23 e segs., VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, op. cit., pp. 103 e segs., ROSA COMELA, *Multi-level governance and Democracy in the European Union: citizenship, political Community and the Regulatory Administrative State*, Harvard Law School Doctoral Dissertation, Cambridge, MA, 2004, pp. 340 e segs., FAUSTO DE QUADROS, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999, em especial, p. 26.

⁽¹⁴⁶⁾ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, op. cit., p. 24.

⁽¹⁴⁷⁾ SABINO CASSESE, “Tendenze e problemi del Diritto Amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 4, p. 906.

justificar a adopção de soluções comuns, inclusivamente, ao nível dos sistemas administrativos.

A influência do Direito Comunitário nos direitos administrativos nacionais projecta-se quer num sentido vertical (de baixo para cima e, em sentido inverso, de cima para baixo), quer num sentido horizontal.

Com efeito, o Direito Comunitário é produto, antes de mais, da combinação dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais (sentido vertical ascendente), acabando por influenciar depois, mas por via inversa, e com base no princípio do primado, os mesmos ordenamentos nacionais (sentido vertical descendente). MIGUEL PRATA ROQUE refere-se a este “vai e vem” entre os direitos administrativos nacionais e o Direito Comunitário como um “efeito boomerang”, em que *“(n)a viagem de ida, os princípios jurídico-administrativos nacionais enformaram o Direito Administrativo Europeu”* e *“(n)a viagem de volta, foram esses mesmos princípios, influenciados pelas novas realidades do local de destino, que acabaram por trazer algo de novo aos próprios Direitos Administrativos nacionais”* ⁽¹⁴⁸⁾.

Na prática assistiu-se, desta forma, e por via do Direito Comunitário, a um fenómeno de mescla de diferentes culturas jurídicas. Deste modo, enquanto, num primeiro momento, foram os ordenamentos nacionais que contribuíram para o desenvolvimento do Direito Comunitário, nomeadamente através da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (hoje Tribunal de Justiça da União Europeia), posteriormente assistiu-se a um processo contrário, em que é o Direito Comunitário que influencia os direitos administrativos nacionais. Como sublinha JURGEN SCHWARZE, em relação a este segundo momento, *“o Direito Comunitário não traz apenas permeabilidade às ordens jurídicas domésticas, mas coloca também pressão nos Estados-membros para melhorarem os seus próprios sistemas administrativos”* a partir da criação de *standards* de comparação ⁽¹⁴⁹⁾.

Esta influência processa-se também num sentido horizontal, ou seja, entre os próprios direitos administrativos nacionais. O contacto entre as diferentes ordens jurídicas dos Estados-Membros, amplamente favorecido pela pertença a uma comunidade de Estados com objectivos económicos e políticos comuns, acaba por estimular a comparação de soluções jurídicas, com a consequente importação e exportação de conceitos e de teorias entre diferentes ordenamentos jurídicos. Neste caso, a influência, que se fica a dever em grande parte ao labor de juristas e de

⁽¹⁴⁸⁾ MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Administrativo Europeu – um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais”, op. cit, p. 905.

⁽¹⁴⁹⁾ JURGEN SCHWARZE, “The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States”, in AAVV, *The Europeanisation of law. The legal effects of European Integration*, FRANCIS SNYDER (editor), Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2000, p. 165.

académicos, acaba por surgir de forma natural, mais ou menos espontânea, e ainda que não seja tão directa, uma vez que é feita sem intermediação do princípio do primado, contribui igualmente para uma aproximação dos direitos administrativos nacionais, através do seu estudo e confronto recíproco.

O fenómeno da europeização dos direitos administrativos é, portanto, o somatório de todas estas interferências, não só de sentido vertical, mas também de sentido horizontal, dando corpo, em termos mais abrangentes, ao aparecimento de um Direito Administrativo Europeu que é o resultado “*da influência do Direito Comunitário no Direito Administrativo dos Estados membros, de tal modo que impõe a modificação deste último*” ⁽¹⁵⁰⁾.

Como é que se materializa, no entanto, esta influência ao nível dos direitos administrativos nacionais?

Em termos abstractos, costumam ser propostos dois mecanismos: as “fertilizações cruzadas” (“cross-fertilization”) e os “transplantes legais”. Assim, enquanto no último caso se trata, fundamentalmente, da transposição directa de um conceito ou de uma doutrina de um sistema legal para outro, a “fertilização cruzada” descreve um processo mais indirecto de “contaminação” jurídica entre sistemas legais, mediante estímulos externos que promovem uma adaptação interna no sistema legal receptor ⁽¹⁵¹⁾.

Ora, considerando as especificidades próprias do Direito Administrativo, enquanto ramo de direito que disciplina as relações entre um determinado Estado e os seus cidadãos, tem-se entendido que esta influência tende a ser feita, sobretudo, através de “fertilizações cruzadas” (“cross-fertilization”).

Os movimentos de liberalização e de privatização das economias europeias das décadas de oitenta e de noventa do século passado são, aliás, um bom exemplo do funcionamento deste mecanismo entre os direitos administrativos dos diferentes Estados-Membros.

Com efeito, o programa de liberalização e de privatizações que conheceu o seu apogeu em Inglaterra, em plena década de oitenta do século XX, durante o governo

⁽¹⁵⁰⁾ Adoptamos o sentido proposto por FAUSTO DE QUADROS (cfr. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*, op. cit., p. 26). MARIA LUÍSA DUARTE propõe um sentido diferente, de acordo com o qual o Direito Administrativo Europeu “*identifica o conjunto de regras e princípios que regem a execução das normas comunitárias, assegurada pela administração comunitária, pelas administrações nacionais ou em regime de co-administração*” (*Direito Administrativo da União Europeia*, op. cit., p. 17).

⁽¹⁵¹⁾ Sobre as diferenças entre estes dois mecanismos, em particular no âmbito do Direito Administrativo, veja-se JOHN BELL, “Mechanisms for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe”, in AAVV, *New Directions in European Public Law*, JACK BEATSON / TAKIS TRIDIMAS (editores), Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 147 e segs..

conservador de Margaret Thatcher ⁽¹⁵²⁾, viria a exercer uma influência decisiva sobre o Direito Comunitário, tendo acabado por se difundir posteriormente para todos os países da então Comunidade Europeia a partir de Bruxelas.

O exemplo inglês funcionou, deste modo, como um germe ⁽¹⁵³⁾ que, convenientemente cultivado pelo Direito Comunitário, viria a estar na raiz da evolução recente dos direitos administrativos nacionais dos restantes Estados-Membros. Assim, e ainda que esta evolução não se confunda com “uniformidade”, a mesma não deixa, no entanto, de ser sinónimo de uma (relevante) convergência entre diferentes sistemas administrativos ⁽¹⁵⁴⁾.

Na origem da onda de liberalizações e de privatizações que varreu Inglaterra durante este período, está o desencanto com o modelo de Estado Social herdado do período anterior. Efectivamente, o regime de propriedade pública, associado à existência de monopólios públicos, que vigorou durante grande parte do século XX na maior parte dos países da Europa ocidental, viria a revelar várias falhas, ficando muito aquém dos elevados níveis de satisfação e de bem-estar geral prometidos pelos seus defensores. E a comprová-lo estava, desde logo, o exemplo que vinha do outro lado do Atlântico, em que um sistema baseado numa economia de mercado, assente na propriedade privada, como o que vigorava nos Estados Unidos, havia criado uma economia extremamente competitiva que arriscava tornar-se uma séria ameaça para o projecto da Comunidade Económica Europeia.

O medo desta ameaça terá sido, aliás, em bom rigor, um dos grandes motivos (talvez mesmo o maior) para o processo, iniciado nas décadas de oitenta e de noventa, de liberalização, à escala comunitária, de sectores-chave da economia como

⁽¹⁵²⁾ Sobre as origens do movimento de privatizações em Inglaterra veja-se, entre outros, JOHN ERNEST, *Whose utility? The social impact of public utility privatization and regulation in Britain*, Open University Press, Milton, 1994, pp. 69 e segs., C. O. FOSTER, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Blackwell, Oxford, 1992, em especial pp. 102 e segs., TONY PROSSER / COSMO GRAHAM, “Privatising Nationalised Industries: Constitutional Issues and New Legal Techniques”, *Modern Law Review*, 50, 1987, pp. 16 e segs., DAVID HEALD, “Will the Privatisation of Public Enterprises Solve the Problem of Control?”, *Public Administration*, 63, 1985, pp. 7 e segs..

⁽¹⁵³⁾ Nas palavras de MICHAEL MORAN e de TONY PROSSER, “a revolução thatcheriana no Reino Unido significou que, pelo menos uma vez, numa área da vida económica, os britânicos conseguiram emergir como modernos pioneiros” (“Introduction: Politics, Privatization and Constitutions”, in AAVV, *Privatization and Regulatory change in Europe*, MICHAEL MORAN / TONY PROSSER (editores), Open University Press, Buckingham, 1994, p. 1).

⁽¹⁵⁴⁾ Segundo SABINO CASSESE a “tese, de acordo com a qual existe uma divergência de fundo entre direitos administrativos, temperada por uma convergência de superfície, encontra-se invertida: verificam-se exigências de fundo, para cuja resposta se adoptam soluções similares, que apresentam, no entanto, muitas variantes nacionais” (“Tendenze e problemi del Diritto Amministrativo”, op. cit., p. 906). A esta convergência voltaremos a referir-nos, *infra*, no capítulo 6.

as telecomunicações, os transportes, os serviços postais, a electricidade e o gás natural ⁽¹⁵⁵⁾.

A liberalização, entendida como eliminação das barreiras e dos direitos especiais ou exclusivos que impossibilitavam ou dificultavam a entrada em certos sectores, assumia-se, assim, num contexto de uma economia cada vez mais global, como o principal motor de desenvolvimento do mercado comum e, dessa forma, factor decisivo no processo de crescimento das economias dos Estados-Membros. Como assinalava, em 2000, MARIO MONTI, Comissário europeu para a política da concorrência, “(...) o processo de liberalização representa um factor decisivo para o crescimento, a inovação tecnológica e a competitividade da indústria europeia, um factor de dinamismo e de integração do mercado único” ⁽¹⁵⁶⁾.

A liberalização significava, portanto, o fim dos monopólios públicos, traduzindo-se, em última análise, em “(...) notáveis benefícios para toda a economia, no desenvolvimento da qualidade e da quantidade dos serviços oferecidos e na diminuição das tarifas, favorecendo os consumidores” ⁽¹⁵⁷⁾.

A liberalização de sectores fundamentais para a economia europeia ficou a dever-se, no entanto, não só a motivos económicos, relacionados com objectivos de diminuição do preço de serviços e de produtos em resultado da introdução da concorrência e da abertura de novos mercados, mas também à existência de avanços tecnológicos que permitiram o fim de certos exclusivos legais (nomeadamente de alguns monopólios naturais, como no caso das telecomunicações), a que se juntaram ainda as exigências próprias da construção do mercado único europeu ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ São desta altura a Directiva 90/388/CE, da Comissão, de 28 de Junho, alterada pela Directiva 96/19/CE, da Comissão, de 13 de Março, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações; a Directiva 91/440/CEE, do Conselho, de 29 de Julho, relativa ao desenvolvimento dos caminhos-de-ferro comunitários; a Directiva 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro, que estabelece as regras comuns para o mercado interno de electricidade e a Directiva 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho, relativa às regras comuns para o mercado interno de gás natural; e a Directiva 97/67/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço.

⁽¹⁵⁶⁾ MARIO MONTI, “Concorrenza e regolazione nell' Unione Europea”, in AAVV, *Regolazione e concorrenza*, GIUSEPPE TESAURO/MARCO D' ALBERTI (directores), il Mulino, Bologna, 2000, p. 78.

⁽¹⁵⁷⁾ Ibidem.

⁽¹⁵⁸⁾ COLIN SCOTT adianta ainda uma explicação institucional, no contexto das relações dentro das instituições comunitárias, para os avanços na liberalização destes sectores. De acordo com este Autor, o prestígio institucional de que as Direcções-Gerais de Assuntos Económicos e da Concorrência gozavam no seio da Comissão neste período, permitiu-lhes não só favorecer a liberalização, como dispor da capacidade para impor as suas políticas em relação a outras Direcções-Gerais sectoriais (cfr., “Changing Patterns of European Community Utilities Law and Policy: an Institutional Hypothesis”, in AAVV, *New Legal Dynamics of European Union*, JO SHAW / GILLIAN MORE (editores), Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 200).

Da liberalização deve distinguir-se, porém, a privatização.

Com efeito, nada impede que um determinado sector seja aberto à concorrência, mas que a actividade em causa ou a sua gestão continue a pertencer a entes públicos, da mesma maneira que o facto de uma actividade passar a ser exercida por privados não significa que exista, necessariamente, concorrência, já que a mesma pode ser exercida em regime de monopólio. Deste modo, embora liberalização e privatização sejam referidas, muitas vezes, indistintamente, dizem respeito a realidades diferentes.

Privatização, em sentido lato, significa quer a transferência de certos activos públicos para privados, quer a transferência da titularidade de certas actividades públicas ou da responsabilidade pela sua gestão para privados ⁽¹⁵⁹⁾. No primeiro caso temos uma privatização patrimonial, no segundo assiste-se a uma privatização de tarefas ⁽¹⁶⁰⁾.

Conforme referimos atrás, o movimento de privatizações, que consistiu, sobretudo, na venda a privados de participações públicas em empresas públicas, conheceu uma forte expansão em Inglaterra, na década de oitenta do século passado, tendo acabado por alastrar, nas décadas seguintes, a outros Estados-Membros.

As razões para as privatizações verificadas em Inglaterra foram essencialmente económico-financeiras (relacionadas com a dívida crescente do sector empresarial do Estado e o seu peso excessivo nos orçamentos públicos anuais), embora também tenham existido motivos políticos, como a necessidade de libertação da gestão comercial das empresas públicas da agenda política (para além, desta ser também uma forma de conseguir pôr fim aos limites de endividamento público a que estas empresas se encontravam sujeitas). Outra razão que costuma também ser apontada era a convicção de que a inovação tecnológica sairia facilitada neste contexto, longe das burocracias e constrangimentos que limitavam, em geral, a actividade das empresas públicas.

Estes problemas eram, no entanto, comuns a outros Estados-Membros que se debatiam, igualmente, no mesmo período, com questões de eficácia e de

⁽¹⁵⁹⁾ Neste sentido, a privatização distingue-se do fenómeno de “fuga para o direito privado” que se refere à utilização, por entidades públicas, de formas de organização e de actuação próprias do direito privado. Privatização e “fuga para o direito privado” têm, no entanto, um objectivo comum: a busca de eficácia. Porém, enquanto no primeiro caso, esse objectivo passa pela venda de participações públicas a privados, no segundo caso, a eficácia pressupõe a organização sob a forma privada das empresas e administrações que continuam a ser públicas (cfr. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS, “Privatización de grandes servicios públicos”, in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 210).

⁽¹⁶⁰⁾ PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, op. cit., p. 152.

racionalidade, bem como com a necessidade de equilíbrios orçamentais ⁽¹⁶¹⁾. Um Relatório publicado, em 1999, pelo Ministério das Finanças português, resumia, aliás, desta forma, as vantagens das privatizações: *“os estudos até hoje realizados confirmam que a devolução à actividade privada de largos sectores, o seu redimensionamento, as economias de escala e de racionalidade obtidas, o esforço de aperfeiçoamento empresarial movido pela concorrência, a dinâmica imprimida à desburocratização, incluindo os procedimentos orientadores dos Governos, todos esses estudos confirmam os benefícios das privatizações”* ⁽¹⁶²⁾.

Se a liberalização foi imposta pelo Direito Comunitário, o mesmo não se pode dizer, no entanto, da privatização. Com efeito, durante muito tempo discutiu-se qual o regime de propriedade (pública ou privada) que deveria ser adoptado pelos Estados-Membros, parecendo vigorar, pelo menos de início, um princípio de neutralidade ⁽¹⁶³⁾. A verdade porém, é que, quer o processo de construção da união económica e monetária, quer o controlo reforçado das ajudas de Estado, acabariam por *forçar* os Estados-Membros a ter de re-equacionar o papel das empresas públicas nas respectivas economias nacionais.

Deste modo, hoje em dia, a doutrina é praticamente unânime a assinalar a existência de uma evolução na atitude das instituições comunitárias que teria passado do regime de neutralidade à aberta promoção da privatização ⁽¹⁶⁴⁾. *“(…) (A)quilho que o Estado conquistou (especialmente através de empresas públicas e financiamento público) à economia privada, a União Europeia suprime, a favor de uma re-expansão da economia privada”* ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶¹⁾ Não obstante, nalguns Estados-Membros, como Portugal, o processo de privatizações só seria iniciado quase uma década depois.

⁽¹⁶²⁾ “Privatizações e Regulação. A Experiência Portuguesa”, publicação do Ministério das Finanças, Direcção-Geral de Estudos e Previsão, Lisboa, 1999, p. 82.

⁽¹⁶³⁾ A neutralidade, no que se refere à propriedade pública ou privada das empresas, é garantida pelo artigo 345.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigo art. 295.º do Tratado CE).

⁽¹⁶⁴⁾ Vejam-se, entre outros, BERTRAND DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2004, p. 478, JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 142 e PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 180-181. De acordo com SANTIAGO MUÑOZ MACHADO *“(…) é certo que o Tratado não altera as formas de propriedade existentes em cada um dos Estados membros. Não obriga a uma privatização da empresa pública. Mas se submete a empresa pública às regras e comportamentos próprios da empresa privada, privatiza, desta maneira, não o título mesmo da propriedade, mas sim as formas de uso desta propriedade, a relação da coisa com o proprietário da mesma sobre a qual o direito recai, de modo que as formas de uso e de fruição dessa propriedade acabam por ser pautadas agora pela lógica da propriedade privada”* (*Servicio Público y mercado. Los Fundamentos*, op. cit., p. 180).

⁽¹⁶⁵⁾ SABINO CASSESE, “Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2000, 2, p. 390.

Assim, depois do movimento de nacionalizações que atingiu quase todos os países da Europa ocidental durante o século XX, e que foi um dos responsáveis pelo crescimento exponencial do sector empresarial público durante o mesmo período, a Europa voltaria a ser arrastada, nas duas últimas décadas do século passado, pelo movimento inverso, de privatizações (e de re-privatizações).

Na origem dos movimentos de liberalização e de privatização das economias europeias encontra-se um movimento mais geral, de redução do papel do Estado na economia, que tem as suas raízes nos Estados Unidos e que acabaria por ser *importado* para a Europa através de Inglaterra ⁽¹⁶⁶⁾.

O alastramento destas novas ideias pelos diversos Estados-Membros beneficiou, porém, e muito, do valioso contributo do Direito Comunitário que, indiferente às divergências entre ordenamentos jurídicos (e particularmente entre sistemas administrativos), acabou por funcionar como um (poderoso) veículo de aproximação dos direitos administrativos nacionais ⁽¹⁶⁷⁾.

A abertura dos mercados, acompanhada em muitos casos pela mudança de um regime assente na propriedade pública, para um regime assente maioritariamente na propriedade privada acabaria por ter, naturalmente, para além de consequências económicas e sociais, também importantes consequências jurídicas.

O fim de muitos monopólios públicos, a par da entrega a particulares de actividades que vinham sendo desempenhadas por entidades públicas obriga a uma reconfiguração das tarefas do Estado, exigindo uma transformação não só dos conceitos, mas também das estruturas organizativas tradicionais da Administração Pública.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr., *infra*, capítulo 3.3.1.

⁽¹⁶⁷⁾ Em sentido diferente, JACINT JORDANA *et al.*, concluem, a propósito dos sectores das telecomunicações e da electricidade, que “a Europeização não deve ser vista como a chave para explicar a liberalização destes sectores, devendo, desta forma, ser procurada outra justificação para a difusão das políticas de liberalização” (“The Limits of Europeanization: Regulatory Reforms in the Spanish and Portuguese Telecommunications and Electricity Sector”, European Integration online Papers, European Community Studies Association, volume 9, n.º 10, 2005, p. 17). Esta conclusão resulta do estudo que os Autores fizeram da evolução daqueles sectores em dois Estados-Membros, Espanha e Portugal, tendo chegado à conclusão de que ambos os países iniciaram um processo de liberalização, quer no sector das telecomunicações, quer no sector da electricidade, antes mesmo de a tal serem obrigados pelo Direito Comunitário, nomeadamente antecipando a transposição das directivas comunitárias correspondentes. Em nossa opinião, esta conclusão não põe em causa, no entanto, o que escrevemos a propósito da influência decisiva do Direito Comunitário nos processos de liberalização (e inclusivamente de privatização) dos tradicionais serviços públicos a nível europeu. Com efeito, parecem hoje não existir dúvidas de que ainda que tenham existido outros impulsos (como também referimos, estes movimentos inserem-se num movimento mais geral (inclusivamente global) de redução do papel do Estado na economia), o contributo do Direito Comunitário foi determinante para, se não acelerar, pelo menos orientar esses processos, através da publicação (e subsequente transposição) de diversas directivas sectoriais.

Isso é especialmente visível ao nível dos tradicionais serviços públicos de carácter económico que até aqui eram prestados, na sua maioria, em regime de monopólio por entidades públicas, com ou sem substrato empresarial.

Deste modo, com a passagem de grande parte destes serviços para mãos privadas, o Estado deixa de ser responsável pela sua execução, para passar a ser responsável pela sua garantia, e com isso muda também (irremediavelmente) o seu papel.

3.2. (R)Evolução do conceito de serviço público

O conceito de serviço público, símbolo do modelo de Estado Social, não ficou também imune às transformações económicas e sociais das últimas décadas do século passado.

Tradicionalmente organizados em monopólios públicos, geridos directamente por entidades públicas ou entregues à gestão de privados, a quem eram reconhecidos direitos especiais ou exclusivos, os serviços públicos económicos da maioria dos Estados-Membros haveriam de escapar, no entanto, numa primeira fase, à concorrência. Para isso contribuíram várias razões.

Desde logo, razões políticas, sendo notória a falta de consenso entre os Estados-Membros sobre os riscos da abertura à concorrência destes serviços, para muitos (sobretudo os países continentais) considerados como o último reduto de um Estado dedicado à satisfação das necessidades dos seus cidadãos. Mas existiam também razões técnicas para que, durante algum tempo, e enquanto não foi alcançado um certo nível de progresso tecnológico, se defendesse a protecção de alguns serviços públicos, nomeadamente daqueles organizados sob a forma de monopólio natural (como as telecomunicações, a electricidade e o gás natural) ⁽¹⁶⁸⁾.

Entre os países que mais se opuseram à liberalização dos serviços públicos conta-se a França, pátria-mãe do conceito de serviço público, que durante muito tempo foi acusada de continuar agarrada ao preconceito de que o direito da concorrência era um direito ao serviço dos interesses privados, sendo incapaz de defender o interesse geral ⁽¹⁶⁹⁾. Por detrás desta posição estava, no entanto, a

⁽¹⁶⁸⁾ Em termos económicos, considera-se que existe um monopólio natural sempre que uma única empresa pode produzir o *output* desejado com um custo inferior ao que resultaria de qualquer combinação de duas ou mais empresas.

⁽¹⁶⁹⁾ FABIENNE GAZIN, "La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services publics", in AAVV, *Service Public et Communauté Européenne: entre l'intérêt général et le marché*, tome 2, ROBERT KOVAR / DENYS SIMON (editores), Actes du Colloque de Strasbourg, 17-19 Octobre, 1996, Travaux de la CEDECE, Colloque 1996, Documentation Française, 1998, p. 63.

concepção que permitiu o crescimento do Estado Social e que era a de que só a existência de monopólios públicos conseguiria assegurar, de forma regular e contínua, e sobretudo fiável, a satisfação das necessidades básicas da colectividade.

Assim se explica, aliás, o relativo “desinteresse” do Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia relativamente ao conceito de serviço público. Com efeito, na sua versão inicial, o Tratado continha, apenas, uma referência ao conceito de serviços de interesse económico geral no artigo 90.º, n.º 2 (actual artigo 106.º, n.º 2 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, ex-artigo 86.º, n.º 2 do Tratado CE), de acordo com o qual *“as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União”*. Permitia-se, assim, que em certas situações estes serviços fossem poupados à aplicação das regras de concorrência comunitárias.

Com o passar dos anos foi ficando, no entanto, cada vez mais difícil sustentar a existência de um regime de excepção para estes serviços. E percebe-se porquê. Em causa estavam sectores absolutamente fundamentais para o desenvolvimento da Comunidade Europeia, pelo que a sua não abertura à concorrência colocava em risco o próprio funcionamento do mercado único e, em última análise, a competitividade da economia europeia face a outras economias mundiais, nomeadamente a economia americana.

Assim, e não obstante as inúmeras resistências, sobretudo da França que via a sua tradição do “service public” seriamente ameaçada, foi-se admitindo progressivamente a abertura destes serviços ao mercado, salvaguardando-se, no entanto, que a sua sujeição às regras da concorrência não deveria constituir um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes havia sido confiada ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Pode ler-se no Acórdão *Corbeau* (processo C-320/91, de 19 de Maio de 1993, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias) que o artigo 90.º, n.º 2 do TCE (actual artigo 106.º, n.º 2, TFUE) *“permite aos Estados-Membros a atribuição a empresas por eles incumbidas da gestão de serviços de interesse económico geral, de direitos exclusivos que podem prejudicar a aplicação das normas do Tratado relativas à concorrência, na medida em que as restrições à concorrência, ou até a exclusão de qualquer concorrência, por parte de outros operadores económicos, sejam necessárias ao desempenho da missão especial atribuída às empresas titulares de direitos exclusivos”*. No final da década de noventa, a jurisprudência do Tribunal de Justiça já considerava, no entanto, que *“o artigo 90.º, n.º 2 do TCE apenas pode aplicar-se caso seja demonstrado que, na ausência da medida controvertida, a empresa em causa seria*

Entretanto, com a aprovação do Tratado de Amesterdão viria a ser introduzido no Tratado, após um longo e intenso debate político e jurídico ⁽¹⁷¹⁾, um novo artigo relativo aos serviços de interesse económico, fora do título relativo às regras da concorrência, cujo principal objectivo era sublinhar a importância destes serviços como parte do conjunto dos valores comuns da União Europeia (actual artigo 14.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, ex-artigo 16.º do Tratado da CE) ⁽¹⁷²⁾.

Chegava-se, assim, ao que se pretendia ser uma fórmula de compromisso entre, por um lado, os defensores dos valores do mercado (como a Inglaterra) e, por outro lado, os defensores dos valores ligados à satisfação de necessidades colectivas (como a França).

Deste modo, perante a impossibilidade de se chegar a um consenso político tendo em vista a alteração do artigo 86.º, n.º 2 do Tratado (actual artigo 106.º, n.º 2), como pretendia a França, o artigo 16.º do Tratado (actual artigo 14.º) passou a ser o território ideal para o debate sobre a melhor forma de conciliar as pressões da globalização e da competitividade com o que podem ser considerados os direitos adquiridos comuns aos cidadãos europeus que lhes permitem viver com qualidade no seu dia-a-dia ⁽¹⁷³⁾.

Assiste-se, no entanto, de forma visível (e intencional), a uma alteração da gramática utilizada. Com efeito, o conceito de serviço público é preterido em detrimento do conceito comunitário de serviço de interesse económico geral ⁽¹⁷⁴⁾, com

incapaz de cumprir a missão que lhe foi confiada" (Acórdão Dusseldorp (processo C-203/96, de 25 de Junho de 1998, parágrafo 67).

⁽¹⁷¹⁾ Para uma análise dos principais pontos do debate, bem como da posição adoptada pelos principais intervenientes, veja-se ADRIENNE HÉRITIER, "Market integration and social cohesion: the politics of public services in European regulation", Journal of European Public Policy, volume 8, 2001, em especial pp. 834 e segs..

⁽¹⁷²⁾ De acordo com a redacção actual deste artigo, "*sem prejuízo do disposto no artigo 4.º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito da aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços*". O último parágrafo foi adicionado pelo Tratado de Lisboa. O direito de acesso aos serviços de interesse económico geral viria a ser, entretanto, também incluído na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000, entre os direitos cívicos, políticos, económicos e sociais dos cidadãos europeus (cfr. artigo 36.º).

⁽¹⁷³⁾ MALCOM ROSS, "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?", European Law Review, volume 25, n.º 1, 2000, p. 36.

⁽¹⁷⁴⁾ Trata-se de um conceito mais restritivo do que o conceito de serviço público, apenas se referindo aos serviços de carácter económico, deixando de fora os serviços de cariz social e

o que se pretende evitar qualquer confusão com o sector público ⁽¹⁷⁵⁾ e com a reserva de titularidade a favor do Estado.

Deste modo, apesar de a noção de serviços de interesse económico geral não surgir definida no Tratado, nem no direito derivado, existe um consenso geral de que a mesma se refere a serviços de natureza económica que visam satisfazer necessidades colectivas, podendo ser prestados por entidades públicas ou por entidades privadas.

Existe aqui, portanto, desde logo, uma clara preferência pelo elemento objectivo ou material (satisfação de necessidades colectivas) em detrimento do elemento subjectivo ou formal (prestados por entidades públicas), outrora tão caro ao conceito de serviço público ⁽¹⁷⁶⁾. Como sublinha FABIENNE GAZIN, a concepção comunitária de interesse geral, herdeira de diferentes tradições nacionais, situa-se num cruzamento, a meio caminho entre uma concepção “holista” e uma concepção liberal, caracterizando-se por destacar o interesse geral do Estado, cuja única tarefa é garantir que os privados têm os meios que lhes permitem prosseguir os seus interesses particulares e não assegurar a organização e o funcionamento dos serviços públicos ⁽¹⁷⁷⁾.

De fora das regras comunitárias da concorrência ficam, no entanto, os serviços sociais de interesse geral (serviços não económicos) ⁽¹⁷⁸⁾, uma vez que se trata de *“domínios onde a solidariedade, e não razões de mera eficácia, deve imperar: o livre jogo das forças de mercado envolve riscos demasiado graves em áreas de extrema sensibilidade para as pessoas”* ⁽¹⁷⁹⁾.

cultural. Entretanto, com a aprovação do Tratado de Lisboa foi também aprovado um Protocolo relativo aos serviços de interesse geral, anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o qual introduz, pela primeira vez, o conceito de serviços de interesse geral no direito primário da União Europeia (incluindo, portanto, ao lado dos serviços de interesse geral económicos, os serviços de interesse geral não económicos), já que o Tratado CE se referia apenas aos serviços de interesse económico geral (actuais artigos 14.º e 106.º, n.º 2, TFUE).

⁽¹⁷⁵⁾ De acordo com a Comunicação da Comissão sobre os Serviços de Interesse Geral na Europa (COM (2000) 580 final, de 20 de Setembro de 2000), a expressão “serviço público” é uma expressão ambígua e que por isso deve ser evitada, uma vez que se refere quer ao próprio organismo que presta o serviço, quer à missão de serviço geral que lhe é confiada.

⁽¹⁷⁶⁾ É certo, porém, conforme referimos no capítulo anterior, que desde os anos trinta a teoria do serviço público já considerava a hipótese de alguns destes serviços serem prestados também por privados.

⁽¹⁷⁷⁾ FABIENNE GAZIN, “La conception communautaire de l’interet general dans le droit des services publics”, op. cit., p. 50.

⁽¹⁷⁸⁾ Estes serviços incluem prerrogativas tradicionais do Estado como a polícia, a justiça e os regimes de segurança social obrigatórios, contrapondo-se aos serviços de interesse económico geral (para a análise dos critérios de distinção entre estes dois tipos de serviços veja-se a Comunicação da Comissão COM (2007) 725 final, de 20 de Novembro de 2007).

⁽¹⁷⁹⁾ JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 221.

A definição de quais os serviços que integram o conceito de serviço de interesse económico geral é, por sua vez, uma decisão política que cabe aos Estados-Membros ⁽¹⁸⁰⁾. Trata-se de uma definição flexível, elástica, e acima de tudo, sujeita a evolução, na medida em que reflecte as preocupações, bem como as concepções vigentes em cada momento e em cada Estado-Membro. A definição encontra-se, no entanto, sujeita a controlo pela Comissão, nomeadamente em situações de abuso ou de erro manifesto. Deste modo, e como nota DULCE LOPES, *“a definição dos serviços de interesse económico geral não se encontra “livre do direito comunitário” nem está na inteira disponibilidade das autoridades administrativas nacionais ou na absoluta dependência de valorações determinadas por razões exclusivamente políticas”* ⁽¹⁸¹⁾.

A evolução do conceito de serviço público, operada no âmbito do Direito Comunitário, não se limita, no entanto, a uma mera mudança de palavras. Representa muito mais do que isso.

Em causa está a construção de um novo modelo de serviços públicos (ou de serviços de interesse económico geral, na acepção comunitária), que põe fim a um regime assente na reserva de titularidade a favor do Estado, numa regulamentação pesada e na fixação administrativa de preços. Assiste-se, deste modo, ao desmantelamento progressivo dos grandes monopólios de serviços públicos e, consequentemente, ao fim de muitas empresas públicas verticalmente integradas (*unbundling*). Surgem, paralelamente, e no âmbito do novo contexto concorrencial em que estes serviços passam a desenvolver-se, novas regras sobre o seu financiamento, antes tão dependentes dos recursos estatais ⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ Em Portugal esta definição consta da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, pela Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, pela Lei n.º 44/2011, de 22 de Junho e mais recentemente pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro), que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais. De acordo com o art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, na redacção dada pela Lei n.º 12/2008, são considerados serviços públicos essenciais os serviços de fornecimento de água, de energia eléctrica, de gás natural, de gases de petróleo liquefeitos canalizados, o serviço de comunicações electrónicas, os serviços postais, o serviço de recolha e tratamento de águas residuais e os serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. Não obstante a definição legal, nada impede, no entanto, que outros serviços sejam também considerados serviços de interesse económico geral.

⁽¹⁸¹⁾ DULCE LOPES, “O nome das coisas: serviço público, serviço de interesse económico geral e serviço universal no Direito Comunitário”, Revista Temas de Integração, n.º 15 e 16, 2003, p. 190. De acordo com MIGUEL SENDÍN GARCÍA estamos perante um conceito misto, na medida em que não é totalmente nacional, nem totalmente comunitário, uma vez que deve ser concretizado pelos Estados-Membros, mas de acordo com os critérios fixados pelas instituições comunitárias (cfr. *Hacia un servicio público europeo – El nuevo derecho de los servicios públicos*, op. cit., p. 301).

⁽¹⁸²⁾ Sobre o financiamento dos serviços de interesse económico geral à luz do Direito Comunitário, com uma vasta análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça, veja-se SÉRGIO GONÇALVES DO CABO sobre “O financiamento dos serviços de interesse económico geral no Direito Comunitário”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano – No*

Houve, por isso, quem não hesitasse em referir-se à morte do serviço público ⁽¹⁸³⁾, enquanto outros, de forma menos dramática, preferiram chamar-lhe “crise” deste modelo ⁽¹⁸⁴⁾.

Em nossa opinião, o que se passou com a teoria do serviço público foi, no entanto, uma autêntica revolução.

Com efeito, num cenário em que a competitividade das empresas deixou de ser aferida apenas a nível nacional para passar a ser avaliada, cada vez mais, em termos globais, certas actividades económicas foram *forçadas* a deixar de ser reservadas apenas ao Estado, para passar a ser exercidas em regime de mercado.

Assiste-se, desta forma, a uma “*despublicatio*”, em que certas actividades deixam de ser do Estado (ou apenas do Estado) e passam (ou passam também) a pertencer a privados ⁽¹⁸⁵⁾.

Dá-se, assim, uma devolução à sociedade de actividades que até aqui eram consideradas como pertencendo ao Estado. O que é interessante notar é que, na maior parte dos casos, a “*publicatio*” destas actividades não se ficou a dever ao facto de se considerar o Estado melhor prestador do que os privados. Com efeito, apesar de ter sido essa a ideia que acabou por vingar, em muitos destes casos, a titularidade pública das actividades teve como única justificação a titularidade sobre o domínio público que serviu de suporte à instalação das infra-estruturas necessárias à prestação da actividade ⁽¹⁸⁶⁾.

Neste novo “modelo objectivo” de serviço público as atenções voltam-se agora, portanto, para o conteúdo da prestação em si mesma, deixando de estar centradas na direcção e controlo da actividade e é isto o que verdadeiramente importa, “(...) *não*

Centenário do seu Nascimento, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 677 e segs..

⁽¹⁸³⁾ Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, in AAVV, *El nuevo servicio público*, GASPAR ARIÑO ORTIZ (coordenador), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 23. Contra SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y mercado. Los Fundamentos*, op. cit., p. 139.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, op. cit., p. 186; MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA, *Hacia un servicio público europeo – El nuevo derecho de los servicios públicos*, op. cit., p. 345.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, op. cit., pp. 154-155. Esta forma de privatização, mais intensa (privatização material), contrapõe-se a uma mera privatização formal em que a actividade permanece pública, sendo apenas transferida para particulares a responsabilidade pela sua gestão ou organização.

⁽¹⁸⁶⁾ Como sublinha DEL GUAYO CASTIELLA, trata-se apenas de uma “*ficção sobre outra ficção*” (“La regulación Económica como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 130, 2006, p. 250).

que o serviço seja público, mas que os bens e serviços prestados “ao público” tenham as melhores condições possíveis de segurança, qualidade, variedade e preço” ⁽¹⁸⁷⁾.

Como garantir, porém, que num contexto de mercado, todos os cidadãos têm acesso, de forma contínua e regular, a preços acessíveis, e com níveis de qualidade satisfatórios, a estas prestações essenciais? No fundo, como conciliar os valores de mercado com os princípios do “service public” à francesa?

As mais recentes orientações da Comissão Europeia nesta matéria parecem ser um indicador claro de que as tensões políticas dos anos noventa deram lugar, entretanto, a uma posição conciliatória que defende que o estabelecimento de um mercado único a nível europeu não deve ser feito a qualquer custo.

Com efeito, pode ler-se no Livro Branco sobre os serviços de interesse geral, publicado em 2004 pela Comissão Europeia, que *“o fornecimento de serviços de interesse geral de qualidade, acessíveis e a preços abordáveis satisfaz as necessidades dos consumidores e das empresas, pelo que constitui um elemento importante que contribui para atingir o objectivo estratégico da União, que consiste em tornar-se no espaço económico mais dinâmico e competitivo do mundo baseado no conhecimento e capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com mais e melhores empregos, e com maior coesão social”* ⁽¹⁸⁸⁾.

Deste modo, e considerando a sua importância para os cidadãos europeus, foi necessário criar certas “válvulas de escape” para prevenir os eventuais efeitos adversos que poderiam resultar da abertura, pura e simples, dos serviços de interesse económico geral a um regime concorrencial. Referimo-nos, em concreto, aos conceitos de serviço universal e de obrigações de serviço público que são as duas peças chave da nova teoria do serviço público.

Estes conceitos foram referidos pela Comissão na sua primeira Comunicação sobre Serviços de Interesse Geral, em 1996 ⁽¹⁸⁹⁾. De acordo com esta Comunicação, *“o serviço universal e as outras obrigações do serviço público contribuem para os objectivos de solidariedade e de igualdade de tratamento, assegurando aos cidadãos e à sociedade europeia a defesa do interesse geral”*.

⁽¹⁸⁷⁾ JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, op. cit., p. 62.

⁽¹⁸⁸⁾ COM (2004) 374 final, de 12 de Maio de 2004, p. 5.

⁽¹⁸⁹⁾ COM (1996) 443 final, de 11 de Setembro de 1996. O conceito de serviço universal já tinha surgido, no entanto, no Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações (COM (87) 290, 30 de Junho de 1987). Por outro lado, as noções de serviço universal e de obrigações de serviço público haviam sido já também usadas, em data anterior, pela jurisprudência comunitária, nomeadamente no Acórdão *Corbeau* (processo C-320/91, de 19 de Maio de 1993) e no Acórdão *Almelo* (processo C-393/92, de 27 de Abril de 1994).

Mais recentemente, viriam a ser também incluídos no direito primário da União Europeia, com a aprovação, pelo Tratado de Lisboa, do Protocolo relativo aos Serviços de Interesse Geral anexo ao redenominado Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Nos termos do artigo 1.º do Protocolo, os valores comuns da União no que respeita aos serviços de interesse económico geral incluem, em especial, *“um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores”* (terceiro parágrafo).

O conceito de serviço universal, importado da tradição norte-americana do sector das telecomunicações ⁽¹⁹⁰⁾, traduz a obrigação de fornecer um determinado serviço em todo o território, a preços acessíveis e em condições de qualidade semelhantes para todos, independentemente da rentabilidade da sua exploração ⁽¹⁹¹⁾ ⁽¹⁹²⁾.

Este conceito corresponde apenas em parte ao conceito tradicional de serviço público. Com efeito, *“corresponde àquela exigência social de igualdade, de*

⁽¹⁹⁰⁾ O princípio do serviço universal surge consagrado no *Communications Act* de 1934, correspondendo a um serviço disponível a todos os cidadãos, em todo o território, rápido, eficiente e a um preço razoável. O conceito de serviço universal acabaria, no entanto, por se transformar rapidamente, no contexto americano, na defesa de um serviço único, sendo usado como um entrave ao funcionamento da concorrência – cfr. para estas referências BERTRAND DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., pp. 462 e segs..

⁽¹⁹¹⁾ De acordo com o Livro Branco sobre os serviços de interesse geral, *“(e)ste serviço institui o direito para todos de ter acesso a certos serviços considerados essenciais e impõe aos prestadores de serviços a obrigação de propor serviços definidos em condições específicas, entre as quais uma cobertura territorial completa e a um preço acessível. O serviço universal é uma noção dinâmica e flexível, e revelou-se uma rede de segurança eficaz para aqueles que, de contrário, não poderiam comprar serviços essenciais. Pode ser redefinido periodicamente para se adaptar ao contexto social, económico e tecnológico. Esta noção permite definir princípios comuns a nível comunitário e deixa a aplicação destes princípios aos Estados-Membros, podendo cada um deles ter em conta a sua situação específica, em conformidade com o princípio da subsidiariedade”* (COM (2004) 374 final, de 12 de Maio de 2004, pp. 8 e segs.).

⁽¹⁹²⁾ Sobre a referência ao conceito de serviço universal veja-se, por exemplo, a Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal), alterada pela Directiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, em especial os artigos 3.º e seguintes, de acordo com os quais os Estados-Membros devem garantir que todos os pedidos razoáveis de ligação a uma rede de comunicações pública num local fixo sejam satisfeitos por, pelo menos, uma empresa, devendo a ligação fornecida ser capaz de servir de suporte de comunicações vocais, comunicações fac-símile e comunicações de dados, com débitos suficientes para viabilizar o acesso funcional à internet, tendo em conta as tecnologias prevaletentes utilizadas pela maioria dos assinantes e a viabilidade tecnológica (artigo 4.º, n.º 1 e 2). Veja-se ainda o disposto no artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 97/67/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Fevereiro, entretanto alterada pela Directiva 2008/6/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Fevereiro (relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e melhoria da qualidade de serviço), nos termos do qual *“os Estados-membros devem assegurar que os utilizadores usufruam do direito a um serviço universal que envolva uma oferta permanente de serviços postais com uma qualidade especificada, prestados em todos os pontos do território, a preços acessíveis a todos os utilizadores”*.

continuidade, de duração; refere-se, no entanto, apenas a uma parte da actividade que a concepção ampla de serviço público – na tradição continental – reconduz a tal noção” ⁽¹⁹³⁾.

Por sua vez, as obrigações de serviço público correspondem a obrigações que são fixadas pelos Estados-Membros a todos ou apenas a alguns dos operadores económicos e que se destinam a garantir determinados valores, como a segurança do fornecimento, o respeito pelo princípio da igualdade na fixação de preços, o acesso de terceiros às redes e demais infra-estruturas, bem como o respeito pelo meio-ambiente ⁽¹⁹⁴⁾.

Perante este novo modelo de serviços públicos competitivos, o (novo) papel do Estado passa então, precisamente, por garantir que os operadores cumprem estas exigências que não são, afinal, mais do que reminiscências do “velho” conceito de serviço público e cujo carácter excepcional se fica a dever à especial natureza das actividades em causa.

E esta é, em suma, a principal marca da revolução da teoria do serviço público: a consagração de um modelo objectivo de serviço público em que “(...) *a concorrência sucede ao monopólio e a regulação à tutela administrativa*” ⁽¹⁹⁵⁾.

A (r)evolução do conceito de serviço público está longe, no entanto, de se poder considerar terminada. Com efeito, trata-se de um processo que continua a decorrer e que tem sido feito a vários ritmos, como, aliás, o próprio processo de integração comunitária ao qual está, de resto, intimamente ligado, conforme decorre do exposto atrás.

⁽¹⁹³⁾ YVES GAUDEMET, “Regolazione e servizi pubblici: l’esperienza continentale”, in AAVV, *Regolazione e concorrenza*, GIUSEPPE TESAURO/MARCO D’ALBERTI (directores), il Mulino, Bologna, 2000, p. 63.

⁽¹⁹⁴⁾ Veja-se, a título meramente exemplificativo, o disposto no artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revogou a Directiva 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, de acordo com o qual “*tendo plenamente em conta as disposições pertinentes do Tratado, nomeadamente do artigo 86.º, os Estados-Membros podem impor às empresas do sector do gás, no interesse económico geral, obrigações de serviço público em matéria de segurança, incluindo a segurança do abastecimento, de regularidade, qualidade e preço dos fornecimentos, assim como de protecção do ambiente, incluindo a eficiência energética, a energia produzida a partir de fontes renováveis e a protecção do clima. Essas obrigações devem ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias, verificáveis e garantir a igualdade de acesso das empresas do sector do gás natural da Comunidade aos consumidores nacionais*”.

⁽¹⁹⁵⁾ RUI MACHETE, “A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente”, in AAVV, *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 1015.

3.3. O novo papel do Estado

Mais do que uma afirmação, o título deste capítulo encerra uma dúvida: *qual é, no actual contexto económico, social e político, o novo papel do Estado?*

Como sugere desde logo o uso do verbo *ser* no presente do indicativo, não se trata aqui de saber quais devem ser os fins e as funções do Estado num momento em que o mundo em geral se debate com profundos problemas estruturais, desencadeados pela crise económico-financeira que eclodiu em 2008 e cujos efeitos políticos e sociais parecem estar ainda muito longe do seu fim. Esse é um domínio que pertence à política e que, por isso mesmo, deve ser reservado aos políticos e ao legislador.

A nossa interrogação parte antes de uma perspectiva jurídica. Em rigor, o que nos move é saber qual o papel que *resta*, neste momento, ao Estado, depois da venda (total ou parcial) de grande parte das empresas públicas que operavam no domínio dos tradicionais serviços públicos económicos e da privatização, no mesmo contexto, de actividades antes consideradas públicas.

A referência ao “novo papel” do Estado no título deste capítulo não é, por isso, um mero acaso. Do que se trata, portanto, é de confrontar o “velho” papel do Estado empresário e produtor, característico do modelo de Estado Social ⁽¹⁹⁶⁾, com o “novo” papel do Estado específico do modelo de Estado Regulador.

Se ontem o Estado era empresário e produtor, o que é que é hoje?

Esta é uma questão que, diríamos nós, mais do que nunca, está no centro de todas as atenções.

Com efeito, os motivos que estiveram por detrás dos movimentos de liberalização e de privatização das economias europeias ocidentais das décadas de oitenta e de noventa do século anterior permanecem hoje tão ou mais válidos do que há vinte anos atrás. Mais. Os fenómenos da globalização e da europeização não só continuam a impor a abertura à concorrência de actividades antes prestadas em regime de monopólio pelo sector público, como o fazem, cada vez mais, com maior insistência.

Deste modo, a questão de saber qual é, neste contexto, o papel deste novo Estado (que para nós é Regulador) é uma questão que se encontra ainda longe de estar completamente respondida. Aliás, este esforço de “redefinição do Estado” ⁽¹⁹⁷⁾

⁽¹⁹⁶⁾ A cuja análise procedemos no capítulo 2, *supra*.

⁽¹⁹⁷⁾ De acordo com NICOLAS SPULBER, “(...) o movimento de privatização iniciado no mundo ocidental no final dos anos setenta, início dos anos oitenta, constitui, indubitavelmente, o maior esforço transversal para redefinir o Estado, desde os anos trinta” (*Redefining the State, Privatization and Welfare Reform in Industrial and Transitional Economies*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 161).

conheceu bem recentemente, com a referida crise económico-financeira de 2008, talvez uma das suas maiores provas sendo os resultados, neste momento, ainda imprevisíveis.

A verdade, porém, é que, independentemente de quais venham a ser os referidos resultados, parece que nos encontramos num caminho sem retorno: as políticas de liberalização e de privatização não só não deverão vir a ser revertidas, como, tudo indica, num cenário de crises públicas orçamentais (de que o nosso País tem sido, infelizmente, um bom exemplo) tenderão a ser intensificadas num futuro próximo.

Assim, em lugar de procurarmos respostas genéricas para as perguntas sobre quais os sectores em que a intervenção pública é necessária ou qual o tipo de intervenção mais apropriada ⁽¹⁹⁸⁾, devemos concentrar-nos antes, devidamente armados com os instrumentos jurídicos apropriados, em encontrar respostas mais concretas ⁽¹⁹⁹⁾.

Deste modo, a caracterização do novo papel do Estado, num panorama de excessivos défices orçamentais que, se por um lado, levam à venda de participações públicas e com isso à redução do sector público empresarial, tendo em vista a arrecadação de receitas extraordinárias, determinam também, por outro lado, a transferência de actividades públicas para privados, procurando com isso reduzir o peso do Estado na economia, depende, em nossa opinião, da resposta que se der a duas perguntas concretas: (i) será que estamos perante um regresso ao Estado do *laissez-faire*, *laissez-passer* da época liberal? (3.3.1) e (ii) em que medida, a retirada de cena do Estado pode constituir uma ameaça de *retrocesso social*? (3.3.2).

3.3.1. Regresso ao *laissez-faire*, *laissez-passer*?

A reconfiguração do papel do Estado, operada no âmbito dos movimentos de liberalização e de privatização das economias europeias das últimas décadas, coloca desde logo a questão de saber se a mesma significa um regresso aos postulados do liberalismo oitocentista, em particular, à máxima do “*laissez-faire*, *laissez-passer*”, ou seja, em última análise, ao puro e simples abstencionismo do Estado que caracteriza o período do Estado Liberal.

Antes de prosseguir convém referir primeiro, no entanto, que o movimento de “rolling back” do Estado não foi e não é, apenas, um movimento europeu. Com efeito,

⁽¹⁹⁸⁾ Questões, cujas respostas, devem ser dadas pelo poder político.

⁽¹⁹⁹⁾ Num sentido próximo veja-se STEPHEN BREYER, “Afterwords”, Yale Law Journal, volume 92, n.º 8, July, 1983, p. 1620.

nos finais dos anos setenta, início dos anos oitenta, assiste-se a um florescimento, quer na Europa, quer sobretudo nos Estados Unidos da América, de várias correntes neoliberais como forma de reacção aos excessos do *Welfare State*.

Se bem que as causas do aparecimento destas novas ideias não fossem exactamente as mesmas ⁽²⁰⁰⁾, as questões centrais são, porém, semelhantes: qual deve ser o papel do Estado e quais devem ser os limites da sua intervenção na economia?

De um lado e do outro do Atlântico surgem então várias teorias que tentam encontrar respostas para estas perguntas, entre elas, a Teoria da Escolha Pública (*Theory of Public Choice*) ⁽²⁰¹⁾, que servirá de inspiração, por sua vez, ao movimento do *New Public Management* ⁽²⁰²⁾.

Sob clara influência das ideias neoliberais, estas teorias têm em comum o facto de defenderem uma redução da intervenção do Estado na economia, enaltecendo, em contrapartida, os valores do individualismo e da *free choice*, o que redundava, quase sempre, numa apologia do regresso à doutrina do *laissez-faire, laissez-passer*.

Pronunciando-se sobre a “public utility attitude” instalada nos anos setenta nos Estados Unidos, JAMES BUCHANAN notava que “*se alguma coisa está mal, o governo regula. Se os reguladores falham, regulam-se também e por aí fora*”, o que na sua opinião se ficaria a dever, em parte, “*à falta de compreensão, pelos poderes públicos, do princípio do laissez-faire, ou seja, do princípio de acordo com o qual o resultado da interacção dos indivíduos, quando deixados sozinhos, pode ser, e muitas vezes é, superior aos resultados que emergem da interferência política*” ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Enquanto na Europa, a redução do papel do Estado era vista na perspectiva da diminuição da sua intervenção directa na economia (como produtor de bens e prestador de serviços), nos Estados Unidos, país onde o Estado nunca assumiu verdadeiramente o papel de empresário, a redução da sua intervenção era analisada, sobretudo, sob a perspectiva de uma menor intervenção pública ao nível da regulação de actividades económicas, já que se entendia que as acções do Governo neste domínio acabavam por funcionar, na prática, como instrumentos que beneficiavam grupos de interesses bem organizados.

⁽²⁰¹⁾ Esta teoria, que surgiu nos Estados Unidos da América na década de setenta do século XX, tem entre os seus principais cultores JAMES BUCHANAN e GORDON TULLOCK. Para maiores desenvolvimentos sobre os pressupostos desta teoria ver, entre nós, JORGE COSTA SANTOS, *Bem-estar social e Decisão financeira*, Almedina, Coimbra, 1993, em especial pp. 233 e segs..

⁽²⁰²⁾ O *New Public Management* pretende ser uma resposta à falta de eficácia e de eficiência dos serviços públicos, defendendo um novo modelo de gestão para o sector público, cujo argumento ideológico assentaria nas ideias do *New Right*, ou seja, na defesa de formas liberais de acção, realçando a eficiência e a capacidade do mercado como método de apoiar a tomada de decisão e a escolha individual (cfr. J. FILIPE ARAÚJO, “Tendências Recentes de Abordagem à Reforma Administrativa”, *Revista Portuguesa de Administração e Políticas Públicas*, volume I, n.º 1, 2000, p. 42).

⁽²⁰³⁾ JAMES BUCHANAN, *The limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1975, p. 91.

Deste modo, e como nota MIKE FEINTUCK, a designação dada à Teoria da Escolha Pública pode ser ela própria enganadora ⁽²⁰⁴⁾. Com efeito, longe de defender a prossecução do interesse público em geral, o que esta Teoria propõe e analisa são formas de legitimação de decisões públicas que se baseariam apenas em meros interesses individuais para alcançar o bem-estar colectivo.

Aliás, nas palavras de JAMES BUCHANAN e de GORDON TULLOCK, no seu livro, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, um dos objectivos centrais da Teoria da Escolha Pública seria, precisamente, demonstrar que, tal como em Adam Smith a busca do lucro individual era sinónimo de bem-estar geral, as decisões de um indivíduo podem também servir os interesses de todos os membros do grupo social ⁽²⁰⁵⁾.

Neste capítulo, merece uma referência especial a obra do também norte-americano ROBERT NOZICK, em particular o seu *Anarchy, State and Utopia*, que causou bastante furor na década de setenta do século XX, e onde o Autor defende, logo no prefácio do livro, que o Estado apenas se justificaria para proteger os indivíduos contra a violência, a fraude e o roubo e para garantir o cumprimento dos contratos, ou seja, a sua existência apenas se justificaria na medida em que assegurasse o respeito pelos direitos dos indivíduos, sendo essa a sua única e exclusiva justificação; quaisquer outras funções ou tarefas que o Estado pudesse adoptar para além destas, constituiriam, de acordo com aquele Autor, uma violação dos direitos individuais, nomeadamente da liberdade individual ⁽²⁰⁶⁾.

NOZICK vai, no entanto, mais longe e chega mesmo a contrapor ao Estado Mínimo, da teoria liberal, o Estado Ultramínimo (*Ultraminimal State*), que tal como o primeiro, manteria o monopólio do uso da força, com excepção das situações de legítima defesa, mas que apenas garantiria a protecção e segurança daqueles que pagassem estes serviços. Deste modo, e ao contrário do Estado Mínimo em que “alguns são obrigados a pagar pela protecção dos outros”, o Estado Ultramínimo não teria uma função de redistribuição. NOZICK tem consciência, no entanto, da consequência “chocante” a que o modelo de Estado Ultramínimo poderia conduzir:

⁽²⁰⁴⁾ O Autor estabelece, aliás, uma comparação curiosa com o sistema de ensino britânico, em que os termos *private school* e *public school* significam exactamente o oposto daquilo que se poderia ser levado a pensar, ou seja, no Reino Unido, as escolas privadas são designadas por “public school” e as escolas públicas por “private school” (cfr. MIKE FEINTUCK, *The Public Interest in Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 7).

⁽²⁰⁵⁾ JAMES BUCHANAN / GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 5.ª reimpressão, Ann Arbor Paperbacks, The University of Michigan Press, Michigan, 1974, p. 23.

⁽²⁰⁶⁾ ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, prefácio.

deixar os pobres sem protecção e sem *welfare assistance*, pelo que acaba por defender que o Estado Ultramínimo deve ser transformado em Estado Mínimo ⁽²⁰⁷⁾.

A verdade, porém, é que, como escreveria HAYEK, outro dos grandes pensadores neoliberais do século XX, “(n)ão existe nenhum sistema racionalmente sustentável em que o Estado não faça nada” ⁽²⁰⁸⁾. Com efeito, independentemente das suas posições mais ou menos radicais, a maioria dos Autores neoliberais parece estar de acordo quanto ao facto de o Estado ser necessário para assegurar, pelo menos, a produção de bens públicos ⁽²⁰⁹⁾.

Não é, no entanto, nossa intenção, nem faz parte do âmbito da nossa investigação, analisar em pormenor as diferentes teorias e correntes sobre quais devem ser as funções do Estado. Aliás, até porque essas funções devem ser definidas pela Constituição de cada País ⁽²¹⁰⁾.

As referências feitas ao neoliberalismo e a alguns dos seus maiores cultores servem apenas para ilustrar a discussão que, nas últimas décadas, tem animado a doutrina em torno do tema da redefinição do papel do Estado. Não devemos, no entanto, perder de vista a questão que colocámos logo na abertura deste capítulo e que é a de saber se a emergência de um modelo de Estado Regulador significa o regresso ao princípio do *laissez-faire*, *laissez-passer*, ou seja, a um modelo em que o Estado se limita a observar o funcionamento do mercado, sem ter qualquer espécie de intervenção no mesmo ou, inclusivamente, sem ter qualquer responsabilidade quanto ao modo do seu funcionamento, sendo a mesma transferida para os privados.

Com efeito, num ambiente em que proliferam as ideias liberais de defesa do mercado, da empresa privada e da livre iniciativa privada poder-se-ia ser tentado a pensar que pouco ou nada mais restaria ao Estado do que deixar o mercado actuar, livre de quaisquer constrangimentos ou “amarras” exteriores.

Trata-se, no entanto, de uma conclusão errada.

Aliás, nem mesmo os neoliberais ignoram o facto de que o mercado deixado a si mesmo pode acabar por se revelar destrutivo em vários aspectos (seja porque a

⁽²⁰⁷⁾ ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, op. cit., pp. 26-27.

⁽²⁰⁸⁾ FRIEDRICH A. HAYEK, *La route de la servitude*, 2.ª edição, tradução de G. Blumberg, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 35.

⁽²⁰⁹⁾ Em causa estão bens a que a teoria económica costuma atribuir duas características: a não exclusividade (ou seja, são bens que podem ser consumidos por mais de um indivíduo) e a não rivalidade (ou seja, o consumo do bem por um indivíduo não reduz a quantidade disponível para consumo por outros indivíduos). Exemplos tradicionais destes bens são a Defesa Nacional e os serviços de Justiça.

⁽²¹⁰⁾ De acordo com SCHMIDT-ASSMAN “(...) não existem funções do Estado, por natureza. As funções dos poderes públicos não resultam de um conceito abstracto de Estado, mas sim das disposições do respectivo ordenamento constitucional” (*La Teoria General del Derecho Administrativo como sistema*, tradução de Mariano Bacigalupo et al., INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 169).

concorrência excessiva pode conduzir à formação de monopólios, seja porque a manipulação da informação disponibilizada aos consumidores pode condicionar as suas escolhas, seja, enfim, porque existem consumidores que precisam de uma protecção especial, etc.).

Todos estes motivos, a que acrescem os acontecimentos recentes vividos em determinados mercados que, funcionando de uma forma desregulada, como no caso do sector financeiro, revelaram um conjunto de debilidades com repercussões a vários níveis, conduzem-nos, neste momento, na Europa, a uma encruzilhada: se de um lado o modelo de Estado Social (*Welfare State*), assente na propriedade e em monopólios públicos, já provou ter (demasiadas) falhas, a verdade é que, do outro lado, as virtualidades de um modelo assente no puro *laissez-faire*, *laissez-passer* parecem corresponder mais a uma utopia do que à realidade ⁽²¹¹⁾.

O caminho parece-nos, portanto, que terá de passar por uma terceira via.

Tem-se defendido, aliás, a existência de degraus intermédios, “(...) *em que o Estado, sem se ver convocado para intervir como empresário e operador económico, também não se remete para uma posição de mero protector do contexto: responsabilidade pública de garantia é formulação que identifica esse novo degrau, intermédio, de responsabilidades públicas*” ⁽²¹²⁾.

Neste contexto, o Estado deixa, portanto, de ter uma responsabilidade de execução (deixando de ser produtor e fornecedor de bens e serviços), para passar a ser responsável por garantir que outros (sobretudo privados, embora, nalguns casos, continuem a existir serviços que são prestados por entidades públicas, em regime de concorrência com os privados) prestam os serviços e produzem os bens que visam, em última instância, satisfazer necessidades colectivas.

Esta nova responsabilidade pública de garantia assume duas vertentes: por um lado, trata-se de *garantir* que o mercado efectivamente funciona nos casos em que este existe; e, por outro lado, procura-se *garantir* que as falhas do mercado, nos casos em que o mercado não existe, são devidamente preenchidas.

O Estado Regulador distingue-se, assim, do Estado Mínimo defendido pelas correntes neoliberais, não só em termos qualitativos, mas também em termos quantitativos. Com efeito, não só o Estado Regulador intervém em domínios que, por

⁽²¹¹⁾ Sobre as virtualidades da opção por um modelo liberal em domínios tão diferentes como a segurança ou a saúde, veja-se a obra colectiva *Towards a Liberal Utopia?*, PHILIP BOOTH (editor), 2.ª edição, IEA, Institute of Economic Affairs, London, 2006.

⁽²¹²⁾ PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da regulação”, in AAVV *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano - No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 536.

princípio, se encontravam “vedados” ao Estado Mínimo, como a sua intervenção, ainda que indirecta, é feita de uma forma constante e regular.

Como sublinham MAJONE e SPINA, ao contrário do Estado Mínimo, o Estado Regulador “*inspira-se num princípio segundo o qual a actividade económica deve ser, em maior ou menor medida, controlada, quer quanto à sua dinâmica interna, quer quanto aos seus efeitos externos*”, isto não obstante a sua autonomia dever ser respeitada ⁽²¹³⁾. De acordo ainda com os mesmos Autores, a linha a partir da qual a intervenção pública surge como excessiva e ilegítima está, assim, traçada bem mais à frente do que aquilo que seria permitido num Estado Mínimo ⁽²¹⁴⁾.

Deste modo, o movimento de expansão do sector privado na Europa, ao invés de significar o fim do Estado, foi seguido por um surto regulador imediatamente subsequente ⁽²¹⁵⁾, no âmbito do qual o Estado assume, de forma completamente autónoma em relação às tradicionais funções de produção e de exploração, uma renovada função reguladora, cujo objectivo principal é proteger os consumidores mediante a defesa do (bom) funcionamento do mercado.

Dito de outra forma, “*privatisation brings regulation*”.

Assiste-se, assim, a uma transformação, arriscaríamos a dizer, radical, das formas de intervenção do Estado na economia que longe de significar um regresso à doutrina do “*laissez-faire, laissez-passer*”, se traduz, pelo contrário, num reforço do papel do Estado, agora convertido em árbitro do mercado.

Neste contexto, a afirmação de MIR PUIGPELAT, de que “*o Estado [e] os poderes públicos, são mais necessários do que nunca no novo mundo global*” ganha todo o sentido ⁽²¹⁶⁾.

3.3.2. Sob a (aparente) ameaça de retrocesso social

A alteração do paradigma de Estado (de Estado Social para Estado Regulador) se bem que não signifique, conforme referimos no capítulo anterior, um regresso ao princípio do “*laissez-faire, laissez-passer*”, coloca, no entanto, uma outra questão: em que medida essa transformação pode constituir uma *ameaça* para o modelo social anteriormente alcançado?

⁽²¹³⁾ ANTÓNIO LA SPINA / GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, op. cit., p. 34.

⁽²¹⁴⁾ Ibidem.

⁽²¹⁵⁾ ANA ROQUE, *Regulação do Mercado: novas tendências*, Quid Iuris?, Lisboa, 2004, p. 12.

⁽²¹⁶⁾ ORIOL MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado Y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 215.

Com efeito, a liberalização de serviços públicos de carácter económico ao implicar agora a submissão de actividades, que tradicionalmente eram exercidas pelo Estado, em regime de monopólio, às regras do mercado, levanta várias questões, entre elas a questão do acesso, neste novo contexto, de consumidores “não lucrativos” a serviços essenciais ⁽²¹⁷⁾. Por outro lado, a privatização de determinadas actividades antes consideradas públicas, acompanhada em muitos casos da privatização das empresas e dos serviços públicos responsáveis pela sua prestação, desperta igualmente numerosos receios sobre as condições em que os tradicionais serviços públicos passam a ser prestados (nomeadamente em termos de preços, regularidade e qualidade, para dar apenas alguns exemplos).

Em causa está, portanto, em última análise, o “perigo” de um eventual retrocesso em matéria de prestações que até aqui eram asseguradas directamente pelo Estado (como o fornecimento de electricidade ou de gás natural ou os transportes públicos), de acordo com as prioridades nacionais (e as vontades políticas) e independentemente das pressões do mercado.

A questão ganhou actualidade com a crise do Estado Social, aparecendo nos dias de hoje intimamente ligada ao sobre-endividamento da maioria das economias europeias. No banco dos réus passou, assim, a estar, como assinala GOMES CANOTILHO, “(...) *a célebre política do deficit spending: endividamento do Estado, com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social*” ⁽²¹⁸⁾.

A transformação dos tradicionais serviços públicos em serviços de interesse económico geral, associada ao facto de o Estado ter deixado de ser o principal (e em muitos casos único) prestador destes serviços para passar a ser um “mero” regulador do mercado só veio contribuir para animar (mais ainda) o debate.

Assim, enquanto para os defensores do antigo modelo do *Welfare State*, a alteração do paradigma do Estado é considerada como o início de um caminho sinuoso (e aparentemente sem retorno) que conduzirá, inevitavelmente, a um retrocesso social, já os defensores das correntes económicas neoliberais vêem aqui a oportunidade de o indivíduo se libertar (finalmente) do peso excessivo do aparelho

⁽²¹⁷⁾ Cfr. RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 159. O problema reside, como exemplifica SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, em que “*a carta ou a luz ou a chamada de telefone em zonas não rentáveis ou para determinados grupos de consumidores tem de ter um preço inferior ao seu custo real, já que a prestação desta chamada de telefone ou o serviço postal nestas zonas custa, em mercado, um valor superior ao preço que deve fixar-se por motivos sociais*” (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, *El Derecho Administrativo Europeo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, p. 101).

⁽²¹⁸⁾ GOMES CANOTILHO, ““Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais”, in GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 253.

público e, dessa forma, libertar-se igualmente dos défices públicos que ameaçam sufocá-lo com impostos.

Não ignoramos que nos encontramos num terreno fértil para as ideologias; a nossa análise cingir-se-á, no entanto, e como não podia deixar de ser, apenas aos aspectos jurídicos que estas questões convocam.

A questão da reversibilidade (ou irreversibilidade) dos direitos sociais herdados do modelo de Estado Social ⁽²¹⁹⁾ e das prestações em que os mesmos se concretizam tem sido estudada, sob diferentes perspectivas, não só a nível nacional, mas também a nível europeu.

A nível europeu, desde o final da década de oitenta que se questiona em que medida o objectivo de construção de um mercado interno põe em causa o *acquis* de direitos sociais dos diversos Estados-Membros ⁽²²⁰⁾. Porém, e após um processo algo conturbado, em que mais uma vez se tornou evidente não só a tensão que existe, a nível europeu, entre os valores de mercado e os valores sociais, mas igualmente a tensão que o potencial alargamento dos poderes da União Europeia provoca nos diversos Estados-Membros, viria a ser aprovada, em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ⁽²²¹⁾.

Este texto reúne, assim, pela primeira vez, num único documento, direitos civis, políticos, económicos e sociais. Este facto, se bem que aplaudido por uns, não deixou, no entanto, de ser alvo de fortes críticas da parte de outros, havendo mesmo quem

⁽²¹⁹⁾ Trata-se de direitos que são normalmente apresentados como direitos de segunda ou terceira geração ou “modernos” por contraposição aos clássicos direitos civis e políticos herdados do século XVIII. Sobre o enquadramento histórico dos direitos sociais, demonstrando que os mesmos têm, no entanto, raízes mais antigas do que o século XX, veja-se JORGE PEREIRA DA SILVA, “Os direitos sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Direito e Justiça*, volume XV, Tomo 2, 2001, em especial pp. 147-151. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos europeus em que é bastante discutida a existência destes direitos e a sua constitucionalização, Portugal consagra na sua Constituição um título inteiro dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais (cfr. Título III). De acordo com JORGE REIS NOVAIS, o elenco de direitos sociais apresenta duas características comuns: “(i) o respectivo objecto de protecção respeita ao acesso individual a bens de natureza económica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, custosos, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado” (*Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 41).

⁽²²⁰⁾ Sobre o dilema da construção de um mercado único a nível europeu e a manutenção, a nível nacional, dos níveis de bem-estar alcançados, veja-se MARK DAWSON, “The ambiguity of social Europe in the open method of co-ordination”, *European Law Review*, volume 34, n.º 1, 2009, pp. 54 e segs..

⁽²²¹⁾ Para uma análise da evolução do Direito Comunitário, originário e derivado, nesta matéria, e em especial sobre o processo que precedeu a aprovação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, veja-se JEFF KENNER, “Economic and Social Rights in the EU legal order: the Mirage of Indivisibility”, in AAVV, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*, TAMARA K. HERVEY/ JEFF KENNER (editores), Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 1 e segs..

visse nesta “reunião” um verdadeiro paradoxo entre os objectivos da União (construção de um mercado europeu competitivo) e o reconhecimento de direitos sociais ⁽²²²⁾.

O paradoxo é, no entanto, mais aparente do que real.

Com efeito, apesar destas críticas, é praticamente unânime o entendimento, pelo menos no seio das instituições comunitárias, de que o reconhecimento de direitos sociais (tal como, aliás, a própria regulação do mercado europeu) longe de ser um obstáculo ao crescimento económico da União e à consolidação de um mercado único, deve ser visto antes como um *input* para o próprio processo produtivo ⁽²²³⁾.

Entre os direitos reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia encontra-se o direito de acesso aos serviços de interesse económico geral, de acordo com o qual *“a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União”* (artigo 36.º) ⁽²²⁴⁾.

Ora, não obstante se reconhecer este direito acaba, porém, por se remeter para os ordenamentos jurídicos nacionais a sua concretização, bem como o seu tratamento, onde devem ser incluídos os aspectos ligados a um eventual seu condicionamento. Em todo o caso, as directivas comunitárias que têm sido aprovadas em vários sectores considerados essenciais, e que são reconhecidos como sendo serviços de interesse económico geral, devem ser lidas como pretendendo, de certa forma, dar corpo a este direito geral de acesso.

Ao nível dos ordenamentos nacionais, e em particular considerando o ordenamento jurídico português, o problema de um eventual retrocesso social em matéria de direitos económicos e sociais tem sido abordado sobretudo pelo Direito Constitucional, e em concreto pela disciplina dos Direitos Fundamentais, no âmbito da teoria dos direitos económicos, sociais e culturais. Neste campo, tem-se discutido, essencialmente, a existência (ou não) de um princípio da proibição de retrocesso social.

Na sua formulação mais simples, o princípio da proibição de retrocesso social é entendido como proibindo qualquer supressão ou redução de prestações sociais

⁽²²²⁾ Com uma referência a estas “incoerências” SIMON DEAKIN / JUDE BROWNE, “Social Rights and Market Order”, in AAVV, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*, TAMARA K. HERVEY/ JEFF KENNER (editores), Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 28.

⁽²²³⁾ Cfr. CATHERINE BARNARD, “Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware?”, *European Law Review*, volume 25, n.º 1, 2000, p. 57.

⁽²²⁴⁾ Em Dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta foi investida de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados.

concretizadoras de direitos sociais ⁽²²⁵⁾. Em causa estaria, assim, numa versão mais fundamentalista, a proibição de qualquer alteração ou modificação das normas atributivas destas prestações, defendendo-se, por esta via, como que uma cristalização da lei no tempo.

A existência deste princípio e a sua consagração ao nível dos ordenamentos jurídicos (europeus) tem sido, no entanto, bastante discutida ⁽²²⁶⁾. Entre nós, a doutrina maioritária pronuncia-se, aliás, contra a existência de um princípio geral com semelhante conteúdo ⁽²²⁷⁾.

Naturalmente que este não é o lugar para analisar o princípio da proibição de retrocesso social, nem é esse o nosso objectivo. Em todo o caso, sempre se diga que nos parece, hoje, de facto, dificilmente sustentável a existência de semelhante princípio, pelo menos com carácter absoluto, sobretudo num momento em que a questão dos recursos financeiros públicos disponíveis assume uma tão grande preponderância. Esta é, portanto, uma variável que terá sempre de entrar em qualquer equação sobre esta matéria, tal como, aliás, o princípio da alternância democrática, na sua vertente de revisibilidade das opções político-legislativas.

A questão de saber em que medida a mudança de paradigma de Estado pode constituir uma *ameaça* de retrocesso social deve ser, porém, analisada, em nossa opinião, de uma perspectiva diferente.

Com efeito, deve começar por perguntar-se se existe, entre nós, um direito geral de acesso a serviços essenciais e, depois, se o facto de o Estado se assumir agora, fundamentalmente, como regulador e não já como empresário ou fornecedor de bens

⁽²²⁵⁾ Nas palavras de CRISTINA QUEIROZ, estaria aqui presente a *“ideia de que, ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de “avançar”, estabelecem, contudo, uma proibição de “retroceder”*” (O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 68).

⁽²²⁶⁾ Cfr. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição de retrocesso social”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 784 e segs., analisando os ordenamentos jurídicos espanhol, francês e da União Europeia; sobre a existência deste princípio no ordenamento jurídico alemão veja-se INGO WOLFGANG SARLET, “O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, volume I, n.º 4, Julho, 2001, disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

⁽²²⁷⁾ De acordo com JORGE REIS NOVAIS *“a concepção do princípio da proibição do retrocesso social entendida enquanto proibição de diminuição dos níveis outrora garantidos de realização dos direitos sociais, ou de um direito social em particular, não tem pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”* (Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, op. cit., pp. 244-245). No mesmo sentido, vejam-se, entre outros, CRISTINA QUEIROZ, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, op. cit., p. 71 e TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição de retrocesso social”, op. cit., p. 838.

e de serviços pode afectar, de alguma maneira, os “direitos” entretanto “adquiridos” pelos cidadãos nestes domínios ⁽²²⁸⁾. Uma outra questão que se poderia ainda colocar seria a de saber, até que ponto, as entidades privadas (que passam a prestar estes serviços) se encontram obrigadas a respeitar estes mesmos direitos. Esta questão conduzir-nos-ia, porém, a analisar a problemática da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, o que extravasa claramente os limites da nossa investigação. Efectivamente, interessa-nos apenas abordar esta temática do ponto de vista do Estado e da mudança do seu papel e não da perspectiva dos “novos” prestadores de serviços.

Ora, a nossa Constituição, ao contrário da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não se refere, expressamente, a nenhum direito de acesso a serviços públicos, como a energia, as comunicações electrónicas, os serviços postais ou os transportes ⁽²²⁹⁾. Isto não impede, no entanto, que semelhante direito não possa ser depreendido a partir de outros direitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à habitação ou o direito à protecção da família.

Com efeito, os serviços essenciais traduzem-se naquelas *“actividades de prestação aos cidadãos de bens e de serviços, de carácter vital ou básico para a satisfação ou o exercício de direitos fundamentais tendo em vista o desenvolvimento de uma vida digna, minimamente de acordo com as condições espaço-temporais do desenvolvimento e do progresso social, e que, por isso, não podem deixar de ter um destino universal e de ser efectivamente acessíveis a todos em condições básicas de igualdade, salvaguardando-se a sua regularidade e continuidade, de acordo com determinados padrões de qualidade, progressivamente adaptados à evolução técnica e às mudanças sociais”* ⁽²³⁰⁾.

Esclarecido este aspecto e voltando-nos agora para a segunda questão que enunciámos acima, diremos que não é pelo facto de estes serviços passarem para

⁽²²⁸⁾ O uso das “aspas” destina-se a chamar a atenção para o facto de o emprego destes termos, neste contexto, não ser feito tendo em conta o seu sentido jurídico, mas apenas de acordo com o sentido que têm na linguagem corrente.

⁽²²⁹⁾ COSMO GRAHAM, pronunciando-se a propósito da legislação inglesa nos sectores da energia, telecomunicações e água, refere que *“os assuntos sociais não são, no entanto, tratados em termos de direitos mas, acima de tudo, sob uma referência vaga de “fairness”* (“Socio-economic Rights and Essential Services: A New Challenge for the Regulatory State”, in AAVV, *The Regulatory State: Constitutional Implications*, DAWN OLIVER et. al. (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 161). Refira-se, no entanto, que no caso português, e por efeito da cláusula de recepção do art. 16.º, n.º 1 da Constituição, o direito de acesso a serviços públicos previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser considerado como fazendo parte integrante da nossa ordem jurídica.

⁽²³⁰⁾ JOSÉ LÓPEZ-MUÑIZ, “Servicio Público, Servicio Universal y “obligación de Servicio Público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”, in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 269.

“mão privadas” ou passarem a ser exercidos em regime de mercado livre e concorrencial, que estes direitos fundamentais passam a estar em risco. Por um lado, porque os serviços continuam, de facto, a ser prestados, ainda que por operadores (total ou parcialmente) privados e, por outro lado, e este é o aspecto central, porque o Estado continua a ser responsável (ainda que de forma diferente, ou seja, não de forma directa) pela sua prestação.

Assim, apesar de os prestadores dos tradicionais serviços públicos deixarem de ser (exclusiva ou maioritariamente) públicos, isso em nada diminui a obrigação que continua a recair sobre o Estado de assegurar a sua prestação (e que configura a existência de uma responsabilidade pública de garantia) ⁽²³¹⁾. Como refere MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “*o âmbito de acção do Estado pode ter sido reduzido, mas a sua responsabilidade social mantém-se intacta*” ⁽²³²⁾.

Deste modo, e em nossa opinião, a mudança de modelo de Estado não tem de significar, só por si, um “perigo” de retrocesso social. Com efeito, mesmo no modelo de Estado Regulador existe um *mínimo social* que o Estado terá sempre de garantir.

Em que consiste, no entanto, esse *mínimo social* que cabe ao Estado garantir e de que forma é que o Estado consegue assegurar essa protecção?

Em nossa opinião, o conceito de *mínimo social* reconduz-se à obrigação de o Estado assegurar o acesso, de todos os cidadãos, aos serviços de interesse económico geral, em condições de igualdade, regularidade, continuidade e de acordo com determinados padrões de qualidade, o que se traduz, em última análise, à salvaguarda dos direitos económicos e sociais garantidos pela Constituição. Isto é manifestamente diferente de ter de ser o Estado a produzir ou a fornecer esses serviços (ainda que isso possa implicar, em situações limite, quando o mercado ou os privados não tiverem condições para fornecer estes serviços, que o Estado tenha de o fazer directamente).

Esta conclusão, embora formulada em termos diferentes, aproxima-se da doutrina da proibição do retrocesso social, pelo menos de acordo com a formulação já

⁽²³¹⁾ GOMES CANOTILHO pronunciando-se, aliás, a propósito da ambiguidade do conceito de “Estado garantidor”, afirma que “*o “Estado-garantidor” tem alma de “Estado social” e corpo de empresa. Pretende ainda garantir a socialidade, ou seja, os serviços sociais essenciais – desde a saúde, às telecomunicações, energia, transportes, água – mas confia a serviços privados ou de gestão privada a prossecução directa desses serviços*” (“O Estado Garantidor. Claros-Escuros de um Conceito”, in AAVV, *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito.*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES / JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (organizadores), Almedina, Coimbra, 2008, p. 573).

⁽²³²⁾ MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest”, *Direito e Justiça*, tomo 15, n.º 2, 2001, p. 80.

acolhida pelo nosso Tribunal Constitucional ⁽²³³⁾. Deste modo, no entendimento do Tribunal Constitucional *“a proibição do retrocesso social operará tão-só quando se pretenda atingir o “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, ou seja, quando, “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”, se pretenda proceder a uma “anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial”, quando a alteração redutora se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da protecção da confiança, ou se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”* ⁽²³⁴⁾.

Regressando ao nosso raciocínio, dir-se-á, assim, que ao Estado caberá assegurar que o referido *mínimo social* é garantido, seja disciplinando a forma como os prestadores de serviços (nomeadamente privados) devem exercer a sua actividade, impondo-lhes o respeito por determinadas obrigações, seja regulando os direitos dos particulares (agora erigidos à categoria de consumidores), especialmente dos mais vulneráveis, a poderem usufruir, em condições de igualdade, de serviços eficientes, regulares, ao melhor preço e com elevados padrões de qualidade.

Neste contexto, os conceitos de serviço universal e de obrigações de serviço público, que referimos acima a propósito da nova teoria do serviço público ⁽²³⁵⁾, sendo inspirados por claras preocupações sociais, assumem-se, como também referimos, como verdadeiras peças chave deste novo modelo de Estado Regulador ⁽²³⁶⁾.

Deste modo, se já havíamos concluído em relação ao capítulo anterior que o novo Estado Regulador não se limita a garantir a lei e a ordem (como o Estado Liberal), impõe-se agora também concluir que o mesmo, apesar das suas “novas”

⁽²³³⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional proferido no processo n.º 509/02, de 19 de Dezembro.

⁽²³⁴⁾ Cfr. sumário do Acórdão do Tribunal Constitucional proferido no processo n.º 509/02, de 19 de Dezembro.

⁽²³⁵⁾ Cfr. capítulo 3.2.

⁽²³⁶⁾ Mas não só. Existe todo um conjunto de outras medidas que o Estado também poderá adoptar neste novo contexto, dependendo dos sectores de actividade em concreto. HANAN HABER refere-se a este propósito a um “Regulatory Welfare Regime” (RWR) que inclui as medidas adoptadas pelo Estado – directamente ou através de terceiros – num determinado sector para atingir determinados objectivos, recorrendo a normas, bem como a instrumentos regulatórios (“regulatory instruments”) – cfr. “Regulating-for-Welfare: a Comparative Study of “Regulatory Welfare Regimes” in the Israeli, British, and Swedish Electricity Sectors”, Law & Policy, University of Denver, volume 33, n.º 1, January 2011, p.127. De acordo com este Autor, e em particular no sector da electricidade, este *regime regulatório de bem-estar* pode traduzir-se em três possíveis níveis de protecção: (a) protecção básica do consumidor visando as condições em que os consumidores podem ser desligados do serviço no caso de não pagarem as suas facturas; (b) assistência para a electricidade (“assistance-for-electricity”) que se traduz no conjunto de medidas que se destinam a apoiar os consumidores que têm dificuldade em pagar as suas facturas e (c) assistência através da electricidade (“assistance-through-electricity”) que consiste em transferências indirectas (na forma de descontos ou de subsídios), utilizando o sector da electricidade como uma plataforma de distribuição (Idem, pp. 127 e segs.).

preocupações com a eficiência económica e com a competitividade entre sectores de actividade, está longe de renunciar à função social que caracterizou o Estado Social.

Neste novo quadro, os direitos fundamentais em geral, e os direitos sociais em particular, devem ser, portanto, encarados, eles próprios, como um instrumento de regulação quer para evitar distorções na concorrência, quer para garantir que a concorrência não afecta o nível de protecção que deverá ser assegurado pelo Estado.

Esta é uma ideia, aliás, que já estava presente, em 1994, no Livro Branco da Comissão Europeia sobre Política Social, em que se afirmava que o estabelecimento de um conjunto de *standards* mínimos básicos fornece um suporte contra o uso de baixos *standards* sociais como forma de potenciar práticas concorrenciais anti-competitivas e uma protecção contra a redução dos *standards* sociais como forma de ganhar competitividade, sendo ao mesmo tempo expressão de uma vontade política de manter o *momentum* de progresso social ⁽²³⁷⁾.

Deste modo, à tradicional relação bilateral entre o Estado e os seus cidadãos contrapõe-se agora, neste novo modelo de intervenção económica pública, uma relação trilateral entre o Estado, os cidadãos e os prestadores dos serviços económicos de interesse geral (normalmente entidades privadas, mas que também podem ser entidades públicas).

Neste quadro, o cidadão desenvolve uma relação com o prestador do serviço (enquanto titular de uma responsabilidade primária directa em relação ao serviço), mas igualmente com o Estado (na sua qualidade de titular de uma responsabilidade secundária, mas ainda assim muito importante, de garantia do serviço em causa) ⁽²³⁸⁾.

O cidadão assume-se, aliás, como o eixo central desta nova relação tripartida, desde logo no seu papel de consumidor ou de cliente dos novos serviços públicos. Com efeito, nesta nova estrutura, a concorrência é identificada com a procura do consumidor; é o cidadão-consumidor que determina a procura e que faz as escolhas que lhe estão associadas ⁽²³⁹⁾.

A afirmação que hoje aparece frequentemente repetida de que os utentes dos tradicionais serviços públicos deram lugar aos clientes dos novos serviços de interesse económico geral não pode, no entanto, esquecer que mais do que clientes ou consumidores, estamos perante verdadeiros cidadãos, cujos direitos interessa garantir ainda que num contexto de mercado e de privatização. A versão da cidadania limitada

⁽²³⁷⁾ COM (94) 333, de 27 de Julho de 1994, parágrafo 19.º.

⁽²³⁸⁾ MARK FREEDLAND, "Law, Public Services, and Citizenship – New Domains, New Regimes?", in AAVV, *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, MARK FREEDLAND / SILVANA SCIARRA (editores), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 7.

⁽²³⁹⁾ Idem, p. 25.

à perspectiva do consumidor ou do cliente pode ser, por conseguinte, demasiado restritiva, se considerarmos que nem todos os consumidores entram no mercado como iguais.

Deste modo, para além do cidadão-consumidor, que é uma figura importante sobretudo ao nível da relação com o prestador de serviços, é preciso considerar igualmente o cidadão enquanto titular de um leque mais vasto de direitos. É nesta segunda perspectiva, do cidadão titular de direitos fundamentais (que não se resumem apenas aos direitos dos consumidores), que se desenvolve, sobretudo, o lado da relação trilateral na parte que diz respeito ao Estado.

Assim, mais do que proteger apenas os consumidores quanto a preços e qualidade dos serviços, o Estado Regulador deve salvaguardar igualmente os cidadãos, e em particular o seu direito geral de acesso aos serviços essenciais.

3.3.3. Estado e sociedade. Os dados de uma nova relação.

A análise feita nos dois capítulos anteriores permite-nos concluir, desde já, que o Estado não só deixou de ser o único actor da realização do bem comum, como perdeu, inclusivamente, o papel de actor principal para o sector privado.

Regressa, assim, novamente o binómio público/privado característico do modelo de Estado Liberal. Porém, ao contrário do período liberal, em que público e privado eram vistos como dois pólos antagónicos que se auto-excluía, no modelo actual, público e privado complementam-se.

Encontramo-nos, assim, perante um novo modelo de relação entre Estado e sociedade, o qual tem subjacente o princípio da subsidiariedade, na sua vertente de princípio relacional ⁽²⁴⁰⁾. O princípio da subsidiariedade assume-se, aliás, como um princípio central no novo modelo de Estado Regulador ⁽²⁴¹⁾.

Temos aqui em vista, no entanto, apenas o conceito de subsidiariedade funcional, ou seja, que concilia poder e liberdade, esfera pública e esfera privada.

⁽²⁴⁰⁾ “Como princípio relacional, a subsidiariedade é invocada no contexto da delimitação entre a esfera da acção privada e a esfera da acção pública, estadual ou não (...)” – MARIA LUÍSA DUARTE, “A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites”, in AAVV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, p. 784. Sobre as origens do princípio da subsidiariedade veja-se ANTONIO ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford University Press, Oxford, 2002, em especial pp. 77-80.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. a referência ao princípio da subsidiariedade na Parte II, capítulo 3.2.1., a propósito da repartição de poderes regulatórios entre o nível supranacional (União Europeia) e o nível nacional (Estados-Membros).

Neste contexto, o princípio da subsidiariedade assenta numa ideia de limitação da intervenção do Estado na actividade económica, a favor da iniciativa privada. Estão em causa, sobretudo, duas dimensões do princípio da subsidiariedade. Por um lado, a ideia de supletividade (nos casos de intervenção directa do Estado) e, por outro lado, a ideia de complementaridade (nos casos de intervenção indirecta do Estado no mercado). MARIANO CARBAJALES refere-se, a este propósito, a um *Estado subsidiário* que serve, por um lado, para corrigir ou complementar o mercado quando existem elementos que alteram as suas regras habituais de funcionamento e que satisfaz, por outro lado, necessidades que se encontram fora do mercado ⁽²⁴²⁾.

Em relação à primeira destas duas dimensões, como realça JOÃO CAUPERS, “o Estado tem de ter perfeita consciência de que não pode, nem deve, fazer tudo” ⁽²⁴³⁾, seja porque lhe faltam os recursos financeiros, seja porque lhe faltam os meios humanos ou técnicos.

Deste modo, aplicando o princípio da subsidiariedade a estas situações, diremos que o Estado deve ceder o seu lugar de empresário aos privados, só devendo intervir nesta qualidade naquelas situações em que a intervenção pública directa no mercado (produzindo bens ou prestando serviços) se revela a melhor solução, seja porque se demonstra que o Estado consegue desempenhar, de forma mais eficiente do que os particulares, determinadas actividades, seja porque não existem privados interessados em desempenhar essas actividades (caso, por exemplo, da prestação de bens públicos).

A intervenção directa do Estado na actividade económica converte-se, assim, de uma intervenção constante numa intervenção supletiva ou subsidiária em relação à intervenção económica privada. Neste contexto, a intervenção pública surge limitada não apenas segundo parâmetros de eficiência (comparativamente com a actuação dos privados), mas também segundo parâmetros de necessidade tendo em vista o fim público prosseguido, nomeadamente tendo em conta motivos económicos, políticos, sociais ou outros (como, por exemplo, a segurança do abastecimento, no caso do fornecimento de electricidade ou de gás natural).

Nesta perspectiva, o princípio da subsidiariedade “opõe-se não apenas ao socialismo, segundo o qual os indivíduos não podem agir tendo em vista o desenvolvimento do seu bem-estar próprio, mas também ao providencialismo do

⁽²⁴²⁾ MARIANO CARBAJALES, *El Estado Regulador – Hacia un nuevo modelo de Estado*, op. cit., pp. 65-66.

⁽²⁴³⁾ JOÃO CAUPERS, “Sobre o Estado do Estado”, in AAVV, *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 273.

Estado, de acordo com o qual, os cidadãos não podem agir em vista do interesse geral” ⁽²⁴⁴⁾.

No novo modelo de Estado Regulador, a intervenção privada converte-se, portanto, na regra, enquanto a intervenção (directa) pública passa a ser a excepção. Isto não significa, porém, que o papel do Estado se reduza a um papel *decorativo*. É aí que entra a outra dimensão do princípio da subsidiariedade (assente na complementaridade) e que é, em nossa opinião, a dimensão fulcral neste novo paradigma de Estado.

Com efeito, apesar de os agentes económicos privados passarem a dominar o mercado, isso não impede o Estado de intervir (indirectamente) no seu funcionamento sempre que o mesmo apresente falhas (aqui compreendidas aquelas situações em que o mercado não funciona bem ou em que mesmo funcionando bem não consegue assegurar a protecção de determinados objectivos não necessariamente económicos).

Longe, portanto, de assistirmos a uma “retirada” do Estado, estamos antes perante uma transformação do seu papel: em vez de dirigir o mercado, este passa a corrigi-lo ⁽²⁴⁵⁾. Por conseguinte, se a intervenção directa do Estado na economia tende a ser cada vez mais residual, o mesmo não se pode dizer da sua intervenção indirecta (através da regulação) nos mercados, orientando e supervisionando o seu funcionamento.

O Estado abandona, assim, o seu papel de planificador da economia e de empresário, para se ver agora investido, sobretudo, no papel de orientador, controlador, supervisor externo dos agentes económicos, complementando a sua actuação. Deste modo, e ainda que a figura do Estado empresário não tenha desaparecido por completo, a mesma perdeu, definitivamente, relevância no novo modelo de Estado Regulador.

Significa isto que o Estado passou a ter agora um papel mais *simples*? A resposta é, em nossa opinião, claramente negativa.

Com efeito, embora à primeira vista se pudesse ser levado a pensar que por estarmos perante um papel aparentemente mais “contido”, o mesmo pudesse ser

⁽²⁴⁴⁾ CHANTAL MILLON-DELSOL, “Déclin de l’Etat et Subsidiarité”, in AAVV, *Au-Delà et en Deçà de l’État-Nation*, direcção CHRISTIAN PHILIP / PANAYOTIS SOLDATOS (direcção), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 252.

⁽²⁴⁵⁾ Para uma referência às novas funções do Estado e ao seu posicionamento face ao mercado quer nos países desenvolvidos, quer nos países em vias de desenvolvimento, veja-se JONAH D. LEVY, “The State after Statism. From Market Direction to Market Support”, in AAVV, *The State after Statism. New Activities in the Age of Liberalization*, JONAH D. LEVY (editor), Harvard University Press, Cambridge, MA, 2006, pp. 367 e segs.. O Autor conclui que se os fins do Estado se alteraram na era da liberalização, a necessidade da sua intervenção não mostra, no entanto, sinais de abrandar, quer entre os países desenvolvidos, quer nos países em vias de desenvolvimento (idem, p. 393).

também menos ambicioso do que o anterior papel de produtor de bens e prestador de serviços, a verdade é que os novos desafios com que o Estado Regulador se depara não são em nada mais fáceis do que os que enfrentou o anterior modelo de Estado Providência. Efectivamente, num cenário em que o Estado surgia, a maior parte das vezes, se não como o único agente do mercado, pelo menos como o principal agente, a tarefa de direcção do mercado encontrava-se, à partida, bastante facilitada.

O que se pede agora ao Estado é, no entanto, algo diferente. Já não se trata de substituir o mercado, mas sim de corrigir as falhas de um mercado em que os operadores públicos deixaram de ser os únicos, e em muitos casos também os principais, intervenientes directos.

Ora, isto vai exigir do Estado não só a monitorização da actividade dos demais operadores (privados), mas também o desenvolvimento dos instrumentos adequados que lhe permitam intervir de forma preventiva, corrigindo as falhas do mercado e garantindo, simultaneamente, a satisfação das necessidades colectivas.

O novo papel do Estado passa, assim, por estabelecer um quadro jurídico suficientemente coerente ⁽²⁴⁶⁾ que inspire, simultaneamente, confiança nos agentes económicos, ao garantir a existência de um mercado livre e potencialmente concorrencial, e que salvaguarde os interesses dos consumidores, nomeadamente dos mais desfavorecidos.

Não se trata, portanto, apenas de estabelecer regras jurídicas, mas de criar todo um complexo jurídico que, sem limitar desnecessariamente a actividade dos agentes privados, seja capaz, ao mesmo tempo, de ser suficientemente flexível e adequado para permitir não só o (bom) funcionamento do mercado, mas também a satisfação de necessidades que, por serem consideradas básicas, se entende que cabe ao Estado assegurar (ainda que indirectamente).

Assiste-se, deste modo, à autonomização da função de regulação relativamente às tradicionais funções de produção/gestão, uma vez que no modelo do Estado Social, a função produtiva era exercida, pelo Estado, conjuntamente com a função regulatória, na sua qualidade de empresário.

Uma das principais consequências desta autonomização é, desde logo, a criação de autoridades reguladoras independentes do próprio Governo (e, directa e indirectamente independentes, também dos próprios regulados).

A ideia é garantir, desta forma, não só a independência em relação a um determinado programa político e com isso dar sinais de estabilidade ao mercado, mas

⁽²⁴⁶⁾ Não só através da aprovação, pura e simples, de regras jurídicas, mas também do recurso a outros instrumentos jurídicos (actos administrativos, contratos, recomendações, etc.), como teremos oportunidade de analisar melhor na Parte III desta dissertação.

também assegurar que os operadores públicos (que continuam a actuar no mercado) não são alvo de um tratamento especial. Com efeito, como refere GÉRARD TIMSIT, esta independência, que é mais ou menos real, tem como objectivo manifesto evitar que o Estado continue sozinho a ditar a sua lei nos sectores em que intervém: graças à acção e à supervisão que estas entidades exercem, as mesmas estão em condições de garantir que os mercados ficam ao abrigo de intervenções abusivas de uma instância que, detendo a “puissance publique” e em muitos casos detendo ainda uma posição accionista maioritária no operador histórico, possa exercer uma influência dominante se não mesmo exclusiva nesses sectores ⁽²⁴⁷⁾.

Em suma, a abertura à concorrência dos tradicionais serviços públicos, acompanhada em muitos casos pela sua privatização (total ou parcial), ao invés de significar o desaparecimento do Estado, implica, antes, uma sua revitalização.

Deste modo, e uma vez que não existem mercados perfeitos, a presença do Estado, tendo em vista a regulação desses mercados, acaba sempre por se revelar necessária. Seria, aliás, uma pura ilusão pretender o contrário ⁽²⁴⁸⁾. Com efeito, não só o mercado não existe sem o Estado, como o Estado precisa do mercado.

A questão não é, portanto, como justamente a colocam STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN, a de uma suposta alternativa entre mercados livres (*free markets*) ou Estado, mas sim a de que tipo de mercados e que tipo de Estado ou Administração Pública? ⁽²⁴⁹⁾

Neste contexto, não só o Estado continua a ser necessário para estabelecer os alicerces (legislativos e administrativos) básicos de uma economia de mercado que se quer a funcionar bem, como a sua actuação pode, inclusivamente, tornar os regimes de mercado mais produtivos ⁽²⁵⁰⁾.

O novo papel do Estado passa, portanto, por conciliar os valores do mercado com os tradicionais valores do serviço público, a esfera privada com a esfera pública, os interesses privados com os interesses públicos, enfim, por reconfigurar a própria relação entre Estado e sociedade.

⁽²⁴⁷⁾ Cfr. GÉRARD TIMSIT, “Normativité et régulation”, Les cahiers du Conseil Constitutionnel, n.º 21, 2006, pp. 85-86.

⁽²⁴⁸⁾ PAULO FERREIRA DA CUNHA refere-se a esta mesma inevitabilidade, concluindo que “(e)ntre o mercado cego e de mão invisível, portanto duplamente debilitado, e um Estado macrocéfalo, a escolha não pode deixar de inclinar-se para o último” (“Do Estado e suas razões”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume I, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 100).

⁽²⁴⁹⁾ Cfr. STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York / London, 2000, p. 69.

⁽²⁵⁰⁾ Num sentido próximo, veja-se igualmente STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, op. cit., p. 69.

Assim, de um modelo em que o Estado era tudo e estava em todo o lado, passamos agora para um modelo em que o Estado tem de se reinventar, o que começa, desde logo, por aprender a partilhar o “seu” anterior espaço com outros agentes, privados, aceitando a mudança dos dados do jogo.

4. O modelo americano de Estado Regulador

A liberalização e privatização de serviços públicos tradicionais criam novos desafios para os quais é importante conhecer as experiências ocorridas noutros países onde estes movimentos se encontram há muito consolidados.

É essa a justificação para incluirmos, nesta Parte I, cujo título é a evolução dos modelos de intervenção do Estado na economia, uma referência ao modelo americano de Estado Regulador. Com efeito, são vários os Autores a sublinhar o facto de que “*o moderno Estado Regulador é uma invenção americana*”⁽²⁵¹⁾.

Efectivamente, enquanto na Europa, o modelo adoptado durante grande parte do século passado assentou na existência de monopólios públicos em sectores chave da economia, nos Estados Unidos há mais de um século que estes sectores se encontram maioritariamente entregues a privados. A existência de grandes monopólios privados acabaria assim por gerar a necessidade de regulação pública, a qual foi inicialmente motivada, sobretudo, pela defesa da concorrência nesses sectores.

Não será por isso de estranhar que, tal como fizemos referência na Introdução, a emergência de um novo modelo de Estado Regulador na maior parte dos países da Europa Ocidental no final do século XX, não só não seja uma originalidade europeia, como se revela também, em grande parte, uma importação do modelo americano. Deste modo, ainda que o movimento de regulação da economia europeia tenha sido impulsionado a partir de Bruxelas, há que reconhecer que o mesmo tem uma forte raiz no direito norte-americano (o qual influenciou, por sua vez, o direito inglês).

É caso para dizer que depois do domínio económico, militar e cultural, a, tantas vezes apregoada, “supremacia americana” também se fez sentir no campo jurídico. Com efeito, a onda de globalização que tem a sua origem no início da década de setenta do século passado, não só disseminou os produtos e as empresas americanas, como acabaria por espalhar também os standards regulatórios americanos (*American regulatory standards*), a cultura regulatória americana (*American regulatory culture*) e as instituições regulatórias americanas (*American regulatory institutions*)⁽²⁵²⁾.

É preciso não perder de vista, no entanto, que o contexto jurídico americano, com um sistema de regulação dual (ao nível federal e ao nível dos Estados federados) e uma tradição de extrema judicialização, é diferente do contexto jurídico da maior parte dos países europeus, sobretudo continentais.

⁽²⁵¹⁾ MICHAEL MORAN, *The British Regulatory State, High Modernism and hyper-Innovation*, op. cit., p. 13.

⁽²⁵²⁾ Idem, p. 16.

A verdade, porém, é que, não obstante as diferenças notórias entre os sistemas constitucionais e administrativos, o modelo norte-americano de regulação tem influenciado nitidamente os sistemas europeus, o que se explica, provavelmente, pelo facto de o mesmo ser considerado, por muitos, como sendo “o sistema de regulação mais rigoroso e mais elaborado” que existe ⁽²⁵³⁾. E este facto é, para nós, suficiente para justificar o estudo da evolução do modelo americano de Estado Regulador, sobretudo considerando a análise que vamos empreender na Parte II desta dissertação sobre a moderna teoria jurídica da regulação, a qual fica a dever bastante ao direito norte-americano.

Estamos, deste modo, neste momento, na Europa (e em Portugal), no que diz respeito à emergência de um Estado Regulador, a dar os mesmos passos que já foram dados do outro lado do Atlântico há, pelo menos, cem anos, com a nítida vantagem de, não sendo os primeiros, podermos aprender com os “erros” que foram cometidos e de, assim, estarmos mais preparados para os desafios que se avizinham.

4.1. A concepção do Estado na tradição americana

Para se compreender a concepção americana de Estado é preciso recuar até às origens da sua fundação.

Na célebre frase de TOCQUEVILLE “a grande vantagem dos Americanos é que alcançaram a democracia sem terem tido necessidade de fazer uma revolução democrática, tal como nasceram iguais em vez de se tornarem iguais” ⁽²⁵⁴⁾.

A democracia americana do século XVIII é, assim, o produto da herança política das civilizações europeias, sem as convulsões e os debates ideológicos que marcaram a Europa nos séculos que antecederam a revolução inglesa, primeiro, e a revolução francesa, depois.

As circunstâncias sociais e económicas que rodearam o nascimento do país foram para isso determinantes.

Com efeito, a grande maioria dos colonos que fundaram o novo país, que viria a ser os Estados Unidos da América, havia fugido dos regimes autoritários, alicerçados nas diferenças de classe e de nascimento, que vigoravam na Europa e que haveriam de estar na origem das revoluções liberais. “Onde a terra era abundante e a viagem para o Novo Mundo vista, ela própria, como um grito pela independência, o espírito

⁽²⁵³⁾ GREGORY PALAST et al., *Democratic regulation: A guide to the control of privatized public services through social dialogue*, Working Paper, International Labour Office, Geneve, May, 2000, p. 2.

⁽²⁵⁴⁾ Retirada do livro *Da democracia na América*, publicado em 1835.

que repudiava os pequenos camponeses e os pequenos rendeiros floresceu com relativa tranquilidade” ⁽²⁵⁵⁾.

Não será, pois, de estranhar que na República americana, o *“liberalismo não tenha sido uma doutrina entre outras; ele foi, desde o início, a convicção quase intuitiva da imensa maioria dos cidadãos”* ⁽²⁵⁶⁾.

Neste contexto, valores como o individualismo encontraram aqui um terreno fértil para se desenvolverem. As próprias características geográficas do novo território só viriam a intensificar a ideia, que se tornou depois num modo de vida, de que cada indivíduo só dependia da sua vontade e determinação para se estabelecer e para prosperar, mesmo nos locais mais inóspitos.

A tradição americana é, deste modo, na sua essência, uma tradição individualista que tende a olhar para o Estado com dúvida e suspeita ⁽²⁵⁷⁾. Com efeito, o Estado é visto, desde o início, como uma ameaça ao empreendedorismo e à responsabilidade individual, havendo uma ideia generalizada de que *“o que um homem faz por si próprio fá-lo certamente melhor do que quando é feito em seu nome”* ⁽²⁵⁸⁾. Aliás, o próprio ADAM SMITH, ao pronunciar-se sobre a prosperidade das ainda colónias, aponta duas causas principais: *“a abundância de terra fértil e a liberdade de tratarem dos assuntos à sua maneira”* ⁽²⁵⁹⁾.

ADAM SMITH não foi, no entanto, o único europeu a admirar o exemplo que chegava do outro lado do Atlântico. Para além dele, muitos outros filósofos e teóricos liberais da época viriam a mostrar também um grande interesse pela democracia americana. O clima de tensão política que se vivia na Europa no final do século XVIII foi, aliás, especialmente favorável ao florescimento desse interesse.

A América surgia, assim, aos olhos dos liberais europeus como o palco ideal para testar as teorias que animavam, por aquela altura, os salões europeus. A revolução americana de 1776, bem como os seus ideais viriam a servir, inclusivamente, em certa medida, como fonte de inspiração para a própria revolução francesa.

⁽²⁵⁵⁾ LOUIS HARTZ, *The Liberal Tradition in America*, Harvest Book, Harcourt Bran & Company, Orlando, 1991, p. 18.

⁽²⁵⁶⁾ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, op. cit., p. 68. Como assinala o mesmo Autor, este seria um facto que distinguiria os Estados liberais europeus do Estado liberal americano, uma vez que naqueles o liberalismo foi, sobretudo, uma concepção adequada aos interesses da classe burguesa.

⁽²⁵⁷⁾ HAROLD J. LASKI, *The American Democracy. A commentary and an interpretation*, The Viking Press, New York, 1948, p. 7.

⁽²⁵⁸⁾ Idem, p. 15.

⁽²⁵⁹⁾ Citado por FERNANDO ARAÚJO, *ADAM SMITH – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, op. cit., p. 429.

De acordo com FERNANDO ARAÚJO, “os colonos americanos, cuja afirmação inicial tinha necessariamente que ser a de um propósito descolonizador e independentista, pareciam assim, ao conduzirem uma sociedade inteira pela via da emancipação e da liberdade, comprovar a ideia de que era possível projectar no todo político os desígnios individuais da autonomia e do progresso” ⁽²⁶⁰⁾. A luta pela independência contra Inglaterra foi, desta forma, também uma luta contra a ideia de que apenas um governo forte, onnipresente e intrusivo (como tinha sido o governo britânico até àquele momento) podia evitar o caos.

Desde o início, portanto, que a concepção do Estado, no sistema americano, foi fortemente marcada pelo individualismo que está, por sua vez, relacionado com uma fé praticamente inabalável no princípio do *laissez-faire*, *laissez-passer* e nas virtualidades da iniciativa privada. Neste panorama, qualquer intervenção pública acabava sempre por ser vista como uma forma de proteger os ociosos das suas próprias ineficiências.

Na sua obra, *The great challenge: the Myth of Laissez-Faire in the Early Republic*, FRANK BOURGIN viria a pôr, no entanto, em causa esta concepção. Com efeito, na opinião deste Autor, se é verdade que o princípio do *laissez-faire*, *laissez-passer* desempenhou, ao longo da história americana, um papel crucial, não deixa de ser uma ideia pré-concebida considerar que a República Americana foi concebida, nasceu e cresceu sob o lema do *laissez-faire* ⁽²⁶¹⁾.

Existem, aliás, vários exemplos de que ao longo dos mais de dois séculos da sua existência, o Estado americano não se confinou, apenas, aos domínios da segurança e da defesa que pareciam ser os únicos a estarem-lhe reservados. O próprio processo de transformação da economia americana, de uma economia essencialmente agrária numa economia industrializada, ocorrido durante o século XIX, comprova a existência de um Estado bastante activo em termos de planeamento e de organização do progresso económico. Isto foi particularmente visível ao nível estadual (mais até do que no plano federal), com os diferentes Estados a lançarem-se numa campanha de construção de caminhos-de-ferro e de canais, entre outras infra-

⁽²⁶⁰⁾ Idem, p. 415.

⁽²⁶¹⁾ FRANK BOURGIN, *The great challenge: the Myth of Laissez-Faire in the Early Republic*, G. Braziller, New York, 1989. Este livro tem, aliás, uma história curiosa. Com efeito, apesar de ter sido publicado em 1989 e de só nesta data o Autor ter recebido o grau de Doutor pela Universidade de Chicago, a obra foi escrita cerca de cinquenta anos antes, não tendo, no entanto, sido apresentada para discussão nessa altura por ter sido considerada inadequada por um dos membros do júri. Esta história é, aliás, um exemplo paradigmático de como nos anos quarenta (em pleno período do *New Deal*) a defesa de uma tese sobre a existência de um “mito do *laissez-faire*” nas origens da democracia americana era um tema demasiado delicado, uma vez que punha em causa todas as teorias sobre a concepção do papel do Estado defendidas até ali.

estruturas de transporte (umas vezes com recurso a fundos estatais, outras vezes com recurso a fundos privados, em troca da concessão de monopólios) ⁽²⁶²⁾.

Como explica BERNARD WISHY, “(...) onde a necessidade parecia compelir o Estado a ajudar a nação a mover-se em direcção a grandes horizontes, houve, na realidade, pouca discussão sobre a ameaça de um governo grande demais ou sequer a existência de avisos inspirados pela fé num indivíduo auto-suficiente desdenhoso da acção estatal” ⁽²⁶³⁾.

É preciso, no entanto, ter presente que existem diferenças significativas entre as formas de intervenção pública nos Estados Unidos e as formas de intervenção pública a que assistimos na maior parte dos países da Europa Ocidental durante o mesmo período.

Com efeito, mesmo no período do *New Deal* (décadas de trinta e de quarenta do século XX), que normalmente é associado pela doutrina norte-americana ao período de maior intervencionismo público, a actividade do Estado nunca pôs em causa, como aconteceu nalguns casos na Europa, a existência de propriedade privada e o funcionamento de um regime de mercado.

Como destaca MAJONE, enquanto na Europa a viabilidade e a legitimidade de uma economia de mercado só parece ter recebido uma aprovação popular massiva no decurso dos anos oitenta, após a crise do Estado Providência, das políticas *keynesianas*, das nacionalizações e da planificação estatal, nos Estados Unidos, pelo contrário, só as minorias intelectuais, sem influência política, contestaram radicalmente a importância do mercado como motor do progresso económico e social ⁽²⁶⁴⁾.

Deste modo, e não obstante alguns exemplos de intervenção pública, a verdade é que na história dos Estados Unidos qualquer interferência do Estado na economia foi sempre vista com uma certa dose de desconfiança, ainda que, muitas vezes, a existência de determinados monopólios privados tenha representado uma ameaça mais *perigosa* para os valores da propriedade privada, da liberdade contratual e da liberdade política, que são, em última análise, os valores em que assenta a democracia americana.

⁽²⁶²⁾ Cfr. STEPHEN G. BREYER et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 6.ª edição, Aspen Publishers, New York, 2006, pp. 15 e segs.. De acordo com os Autores, a ideia do *laissez-faire* teria conhecido o seu maior expoente não neste período, mas sim nas primeiras duas décadas do século XX, o que se ficaria a dever, em parte, à retórica do “free labor” do movimento anti-esclavagista (Idem, p. 15).

⁽²⁶³⁾ BERNARD WISHY, *Good-bye, Machiavelli. Government and American life*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1995, p. 93.

⁽²⁶⁴⁾ GIANDOMENICO MAJONE, *La Communauté européenne: un état régulateur*, tradução de Jean-François Baillon, Montchrestien, Paris, 1996, p. 16.

4.2. O Estado Regulador americano. Crónica breve da sua evolução.

Não é unânime, entre a doutrina norte-americana, o momento em que se dá o nascimento do modelo de Estado Regulador neste país ⁽²⁶⁵⁾. Para alguns, este modelo de Estado só teria surgido com o movimento do *New Deal*, ou seja, nos anos trinta do século XX, enquanto existem Autores que entendem que apenas na década de sessenta se teria iniciado a evolução para um Estado Regulador ⁽²⁶⁶⁾. A maioria da doutrina considera, no entanto, que o modelo de Estado Regulador tem raízes mais antigas na história americana, tendo surgido logo no último quartel do século XIX ⁽²⁶⁷⁾.

Em nossa opinião, não existe “um único momento” fundador, mas antes três momentos ou fases regulatórias distintas que correspondem, no fundo, à evolução do próprio modelo de Estado Regulador neste país: a primeira fase terá ocorrido no final do século XIX, a segunda coincidiu com o movimento do *New Deal*, já no século XX, e a terceira fase regulatória corresponde às últimas duas décadas do século passado.

Apresentamos em seguida as características mais importantes de cada uma destas fases, deixando para o final a análise de algumas das questões que se colocam, actualmente, nos Estados Unidos, sobre este modelo de Estado.

4.2.1. Primeira fase: final do século XIX

A passagem, no final do século XIX, de uma economia agrária para uma economia industrializada, para a qual muito contribuiu o esforço da guerra civil, viria a determinar as primeiras intervenções do Estado na actividade económica.

A complexidade da nova sociedade industrial veio colocar, assim, novos desafios a uma sociedade em que a maioria da população ainda vivia, sobretudo, da agricultura

⁽²⁶⁵⁾ A referência, no texto, ao Estado Regulador americano engloba quer a actuação do governo federal, quer dos governos estaduais, até porque muitas vezes é difícil distinguir onde começa a intervenção de um e acaba a intervenção dos outros. A regulação levada a cabo pelos governos dos diferentes Estados federados tem sido vista, aliás, como uma espécie de laboratório experimental para a intervenção nacional, ao nível do governo federal. Para uma análise mais detalhada das questões colocadas pela regulação feita pelos Estados e da sua relação com a regulação federal, veja-se PAUL TESKE, *Regulation in the States*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2004, em especial pp. 22 e segs..

⁽²⁶⁶⁾ É a posição de HAROLD SEIDMAN e de ROBERT GILMOUR, *Politics, Position and Power. From the Positive State to the Regulatory State*, 4.^a edição, Oxford University Press, New York, 1986, p. 119. De acordo com estes Autores, o modelo de Estado do *New Deal* seria o de um Estado Positivo, por contraposição ao modelo do Estado Regulador que, na sua tese, só teria surgido verdadeiramente com a Presidência de Ronald Reagan.

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. JAMES E. ANDERSON, *The Emergence of the Modern Regulatory State*, Public Affairs Press, Washington, DC, 1962, STEPHEN G. BREYER et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, op. cit., p. 16 e BERNARD WISHY, *Good-bye, Machiavelli. Government and American life*, op. cit., p. 304.

e cujo valor basilar era o individualismo, a par de uma crença arraigada na lógica do *laissez-faire*.

Deste modo, as primeiras manifestações da necessidade de intervenção do Estado fizeram-se sentir nos sectores dos transportes e da banca, com o aparecimento dos primeiros monopólios privados e com eles de grandes empresas que fugiam à lógica da pequena empresa familiar até aí dominante.

A progressiva implantação da rede de caminhos-de-ferro a nível nacional facilitou, por sua vez, o crescimento dos mercados para níveis até aí desconhecidos, o que criou também novos problemas. De repente, questões como a necessidade de defesa dos agricultores, dos pequenos comerciantes e dos pequenos empresários, em muitos casos explorados pelas empresas de caminhos-de-ferro, a par da necessidade de protecção dos trabalhadores e dos consumidores, passaram a reclamar uma regulação pública urgente.

Com efeito, os Tribunais, chamados a intervir para resolver os conflitos entretanto gerados, demonstraram não estar preparados para lidar com estas novas questões, sendo muitas vezes acusados de favorecerem a indústria em troca de subornos ⁽²⁶⁸⁾.

Em suma, era todo um conjunto de novas situações cuja resolução estava para além do alcance do indivíduo.

Afinal, a teoria de ADAM SMITH, de que o mercado deixado a si mesmo seria suficiente para garantir o bem-estar colectivo, mostrava ter falhas. A experiência americana, tão promissora em relação à afirmação dos ideais liberais cerca de um século antes, parecia estar condenada a desmentir as virtualidades do regime do *laissez-faire*.

A crescente complexidade da economia e da sociedade norte-americana do final do século XIX, início do século XX, acabaria, assim, por ditar a necessidade de uma crescente intervenção da parte do Estado. Essa intervenção será feita, no entanto, sobretudo, através da aprovação de legislação e da criação de um aparelho administrativo suficientemente adequado para responder aos novos desafios colocados pelo funcionamento de uma economia de mercado.

Inicialmente, essa tarefa foi levada a cabo, principalmente, pelos governos dos Estados, no entanto, à medida que o desenvolvimento tecnológico foi colocando problemas cada vez mais complexos e que as fronteiras geográficas dos Estados

⁽²⁶⁸⁾ Para uma análise mais detalhada da actuação dos Tribunais e das suas críticas veja-se o interessante artigo de EDWARD L. GLAESER / ANDREI SHLEIFER, "The rise of the Regulatory State", *Journal of Economic Literature*, volume XLI, June 2003, pp. 401 e segs.. De acordo com os Autores, "o contencioso privado do final do século XIX, falhou porque o dinheiro e o poder influenciaram o caminho da justiça" (Idem, p. 404).

foram sendo extravasadas, surgiu a necessidade de a regulação passar a ser feita também a nível nacional ⁽²⁶⁹⁾.

A regulação pública surge, assim, nas palavras de JAMES ANDERSON, como uma via intermédia, “*evitando os extremos inaceitáveis do laissez faire e do socialismo*” ⁽²⁷⁰⁾.

A acção colectiva não substituiu, no entanto, a acção individual. Como sublinha o mesmo Autor, a regulação representa uma combinação de colectivismo com “verdadeiro” individualismo. A intervenção do Estado é, ainda, vista como uma forma de promoção do individualismo, entendido no sentido de igualdade de direitos e de oportunidades, de modo a que os indivíduos possam desenvolver as suas capacidades, livres da exploração económica e da opressão ⁽²⁷¹⁾.

A emergência de um Estado Regulador surge, deste modo, como forma de reconhecimento de que quer o Estado, quer o indivíduo tinham um papel vital na economia.

A verdade, porém, é que numa sociedade tão apegada aos valores do individualismo, mesmo esta intervenção do Estado estava longe de ser pacífica ⁽²⁷²⁾. Para muitos, essa intervenção punha em causa a liberdade de decisão e de escolha dos indivíduos, para além de que significava uma interferência inconcebível do Estado na forma como cada indivíduo queria conduzir os seus negócios. Posições como a de WILLIAM GRAHAM SUMMER (um dos mais ferozes opositores da regulação pública neste período), que acreditava que sendo o indivíduo um homem livre, numa sociedade livre, tinha como “dever social” cuidar de si próprio ⁽²⁷³⁾, eram bastante comuns nesta época.

O livre funcionamento do mercado, impulsionado pelo desenvolvimento da rede de caminhos-de-ferro, demonstrara, no entanto, em apenas alguns anos, que poderia ser, afinal, uma fonte de graves injustiças e, simultaneamente, palco para um combate desigual entre aqueles que tinham dinheiro, poder e conhecimentos e os que não

⁽²⁶⁹⁾ Sobre a experiência de regulação dos caminhos-de-ferro nos Estados Unidos no século XIX e das limitações dos diferentes Estados para lidarem com as novas questões que foram surgindo, veja-se COLLEEN A. DUNLAVY, “Bursting through State limits. Lessons from American railroad history”, in AAVV, *The State, Regulation and the Economy. An Historical Perspective*, LARS MAGNUSSON/JAN OTTOSSON (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2001, em especial pp. 45-54.

⁽²⁷⁰⁾ JAMES E. ANDERSON, *The Emergence of the Modern Regulatory State*, op. cit., p. 9.

⁽²⁷¹⁾ Idem, epílogo. Partilhando a mesma opinião, BERNARD WISHY, afirma que por volta de 1892 a principal justificação para a regulação levada a cabo pelos poderes públicos “*era revigorar o individualismo económico, bem como o controlo popular do governo*” (*Good-bye, Machiavelli. Government and American life*, op. cit., p. 141).

⁽²⁷²⁾ Para uma descrição dos vários Autores que se opuseram, nesta época, à regulação pelo Estado, veja-se também JAMES E. ANDERSON, *The Emergence of the Modern Regulatory State*, op. cit., pp. 14 e segs..

⁽²⁷³⁾ Idem, p. 14.

tendo nada disso se viam fatalmente arredados de, também eles, exercerem a sua liberdade de iniciativa económica.

Os exemplos de práticas abusivas e anti-concorrenciais, bem como o movimento de expansão do corporativismo que se verifica na mesma altura, acabavam por constituir, afinal, uma séria ameaça para os valores defendidos por aqueles que se opunham a uma intervenção pública no mercado.

Assim, mesmo contra todos os seus opositores, a verdade é que se assistirá durante este período, mas sobretudo nos seguintes, a um crescimento da intervenção do Estado na actividade económica.

Porém, ao contrário do que se passou na Europa, especialmente no século XX, em que o Estado assumiu directamente a exploração de um conjunto de serviços essenciais, tendo progressivamente desenvolvido a sua actividade de empresário numa série de outros domínios, nada disso aconteceu, no entanto, nos Estados Unidos.

Com efeito, aqui a intervenção do Estado consistiu, essencialmente, na regulamentação e supervisão do exercício de actividades económicas levadas a cabo por privados, nunca pondo em causa a propriedade e a iniciativa privada. Neste particular, as Comissões Reguladoras Independentes, sobretudo as Comissões criadas pelo governo federal, viriam a desempenhar um papel fundamental. Deixamos, no entanto, para o capítulo 4.3 o estudo mais detalhado do papel destas Comissões, continuando por agora com a análise da evolução do Estado Regulador nos Estados Unidos.

4.2.2. Segunda fase: o movimento do *New Deal*

Seria, no entanto, no século XX, e em especial na década de trinta e seguintes, que a intervenção pública vai conhecer o seu apogeu nos Estados Unidos (aliás, como na Europa).

Se a Primeira Guerra Mundial abalou as estruturas da maior parte dos países da Europa Ocidental, a Grande Depressão de 1929 causou danos irreparáveis na economia americana, tendo minado a confiança dos americanos no seu sistema capitalista de mercado.

O *crash* da bolsa viria a demonstrar, com uma crueza até ali desconhecida, o que muitos se haviam recusado a aceitar no final do século XIX, ou seja, que o mercado só por si não era suficiente para garantir o bem-estar social e económico da nação.

O movimento que se lhe seguiu e que ficou conhecido como *New Deal* teve no Presidente Franklin Delano Roosevelt o seu maior impulsionador. Inicia-se, por esta altura, aquele que é para muitos considerado o período de maior expansão da intervenção governamental (a nível federal) alguma vez vivido na economia norte-americana.

A “Revolução Roosevelt”, como também foi apelidada, ficaria marcada, no entanto, não tanto pelo crescimento (em tamanho) do Estado, mas sobretudo pelas novas funções que este foi chamado a desempenhar no campo económico e no campo social ⁽²⁷⁴⁾.

De acordo com CASS SUNSTEIN, o novo Estado Regulador instituído durante a Presidência de Roosevelt foi muito para além das tradicionais áreas de intervenção da administração pública (direitos dos trabalhadores e segurança), tendo alterado as concepções pré-existentes em relação a três pilares da ordem constitucional americana: direitos individuais, *checks and balances* e federalismo ⁽²⁷⁵⁾. E isto explica-se tendo em conta os seguintes aspectos.

A crise económico-financeira provocada pela Grande Depressão gerou uma crise social sem precedentes. Neste contexto, os tradicionais direitos políticos e económicos de liberdade de expressão e de protecção da propriedade revelaram-se impotentes contra a onda de miséria que atingiu o país, de norte a sul. A isto, o *New Deal* responderia com a instituição de vários programas sociais tendo em vista a protecção dos mais pobres e dos mais desfavorecidos. Por outro lado, o relançamento da economia viria a exigir também medidas mais vigorosas e, simultaneamente, mais flexíveis de forma a lidar com as constantes flutuações do mercado. Assistir-se-á, assim, durante este período, a um reforço do poder presidencial acompanhado pela instituição de uma série de novos departamentos e agências governamentais directamente dependentes do Presidente encarregues de pôr em prática um conjunto de medidas que visavam estimular o funcionamento da economia. Ao mesmo tempo, nascem também novas Comissões Reguladoras Independentes, que ficam a dever a sua existência ao argumento de que o carácter da moderna regulação da economia exigia conhecimentos técnicos e especialização na tomada das decisões governamentais ⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁷⁴⁾ Cfr. THEODORE J. LOWI, *The End of the Republican Era*, University of Oklahoma Press, Norman / London, 1995, p. 17.

⁽²⁷⁵⁾ CASS SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Basic Books, New York, 2004, p. 53.

⁽²⁷⁶⁾ Idem, p. 43.

Finalmente, o contexto económico e social da época e a natureza nacional de muitos dos problemas económicos favoreceram também o reforço do poder do governo federal.

Se bem que o objectivo destas medidas fosse, em última análise, “*salvar o capitalismo de si próprio*”, corrigindo as falhas de um mercado desregulado, “*evitando a alternativa socialista da intervenção directa do governo através da propriedade pública*” ⁽²⁷⁷⁾, o movimento do *New Deal* teve inúmeros opositores, continuando ainda hoje a suscitar um vivo debate.

A principal oposição veio da parte do poder judicial. Como é muitas vezes referido, não sem alguma dose de cinismo diga-se, o papel bastante activo da jurisprudência norte-americana leva a que se considere que os juízes, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, funcionem como uma espécie de terceira câmara do Congresso. Foram, por isso, os tribunais e em especial o Supremo Tribunal Federal a ver também nas medidas do *New Deal* e na expansão dos poderes regulatórios do Estado a maior ameaça aos valores mais básicos do constitucionalismo americano: autonomia contratual e propriedade privada ⁽²⁷⁸⁾.

A este período de maior activismo judicial viria a corresponder, no entanto, nas décadas subsequentes, um período de progressiva maior aceitação, pela parte dos tribunais, da regulação governamental, inclusivamente ao nível do principal Tribunal do país ⁽²⁷⁹⁾.

Os anos seguintes ao período do *New Deal* continuarão a ser marcados por um reforço do papel regulador do Estado, sendo este alargado, no entanto, a novos âmbitos como o ambiente, a saúde, a segurança alimentar, a protecção dos consumidores, entre outros. A par da regulação económica, nascia então nas décadas de sessenta e de setenta do século passado um forte movimento de regulação social. Surgem, assim, novas preocupações, alimentadas pelos movimentos ambientalistas e

⁽²⁷⁷⁾ STEPHEN G. BREYER et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, op. cit., p. 19. No mesmo sentido, THEODORE J. LOWI refere que o Estado do período do *New Deal* era ainda um Estado Liberal que visava proteger um regime capitalista (cfr. *The End of the Republican Era*, op. cit., p. 40).

⁽²⁷⁸⁾ Para uma análise das principais decisões do Supremo Tribunal Federal antes e durante este período, veja-se RICHARD A. MAIDMENT, *The Judicial response to the New Deal. The US Supreme Court and economic regulation 1934-1936*, Manchester University Press, Manchester / New York, 1991, em especial pp. 55 e segs.. Ao contrário da maioria da doutrina, o Autor contesta, no entanto, que as decisões mais polémicas do Supremo Tribunal Federal, durante o período do *New Deal*, tenham sido inspiradas por motivações políticas ou ideológicas, defendendo, antes, que os juízes do Supremo Tribunal Federal se limitaram, apenas, a aplicar o direito.

⁽²⁷⁹⁾ Para esta situação não terá sido, certamente, alheio o facto de o Presidente Roosevelt ter introduzido novas regras de designação dos juízes no Supremo Tribunal Federal, o que lhe permitiu alterar a composição daquele Tribunal a seu favor.

de defesa do consumidor tão em voga nesta época, e com elas novas exigências que a indústria se via obrigada a respeitar, embora sob enormes protestos ⁽²⁸⁰⁾.

Os objectivos da intervenção do Estado no mercado deixam, assim, de se resumir apenas à estabilização da economia ou ao controle dos preços ou do acesso dos privados a determinadas actividades, para passar a envolver também a protecção da saúde pública e a segurança contra uma série de novos riscos (no trabalho, no ar, na água) ⁽²⁸¹⁾.

As crises que afectaram o país durante a década de setenta ⁽²⁸²⁾ vão pôr, no entanto, em causa este modelo de Estado.

4.2.3. Terceira fase: A desregulação da década de oitenta

A excessiva regulação a que a maioria das actividades económicas se encontrava sujeita, no início dos anos oitenta do século XX, nos Estados Unidos, era, para muitos, um dos maiores, senão mesmo o maior, entrave ao desenvolvimento de um mercado verdadeiramente competitivo, sendo, para outros, uma forma de, em nome do interesse público, se protegerem certos grupos e certos interesses dentro da indústria, contribuindo para a estagnação da economia.

Assim, enquanto no mesmo período, se assiste, na Europa, à crise do Estado Social, nos Estados Unidos é o modelo de Estado Regulador que entra em crise.

No entanto, enquanto deste lado do Atlântico, as críticas eram dirigidas às empresas públicas, às nacionalizações e aos monopólios públicos que haviam transformado o Estado num “monstro” demasiado grande para poder ser gerido, nos Estados Unidos criticava-se, sobretudo, a enorme burocracia que a regulação governamental tinha criado nas décadas anteriores com a publicação de vários estatutos e de abundante legislação e regulamentação que, a par do excessivo peso do aparelho administrativo, superpovoado por agências e por departamentos governamentais, dificultavam não só o acesso, mas também o exercício de várias actividades económicas.

⁽²⁸⁰⁾ Para uma referência da legislação social que foi aprovada nesta altura e, bem assim, da oposição que a mesma suscitou junto das empresas reguladas veja-se, entre outros, MARTIN SHAPIRO, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Richard B. Russell Lectures, Nr. 6, The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1988, em especial pp. 79 e segs..

⁽²⁸¹⁾ STEPHEN G. BREYER et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, op. cit., p. 22.

⁽²⁸²⁾ A década de setenta ficou marcada por duas crises: a crise do petróleo e o colapso do sistema monetário instituído por Bretton Woods. Em rigor, estas crises viriam a afectar não só a economia norte-americana, mas também outras economias à escala mundial.

Num ambiente de crescente hostilidade em relação ao crescimento do Estado Regulador, passam a ser cada vez mais os que defendem o regresso das teses do *laissez-faire* e do individualismo ⁽²⁸³⁾.

Num artigo que viria a ficar famoso, publicado em Outubro de 1961, GEORGE STIGLER, analisando estas mesmas questões, concluía já nessa altura que, mesmo que o Estado fosse sempre sábio e benevolente, seria *“trágico orientar a conduta das nossas vidas por este. A nossa sociedade não é consagrada ao princípio de que a boa sociedade consiste em grandes rebanhos de necessitados. É, sim, orientada pelo princípio de que a boa sociedade dá a cada indivíduo a máxima responsabilidade possível pela sua vida e a máxima liberdade possível para enfrentar essa responsabilidade”* ⁽²⁸⁴⁾.

De acordo com o mesmo Autor, nas décadas anteriores tinha-se assistido a um verdadeiro ataque à competência dos indivíduos, uma vez que as reformas empreendidas pelas anteriores administrações (nomeadamente no período do *New Deal*) tinham em vista um só objectivo: proteger o indivíduo da sua própria incompetência ⁽²⁸⁵⁾.

As críticas continuaram a subir de tom ao longo das duas décadas seguintes conduzindo a uma crescente perda de confiança na regulação pública e na sua capacidade para lidar com os novos desafios com que a economia americana (à semelhança, aliás, das economias europeias) se via confrontada no início dos anos oitenta ⁽²⁸⁶⁾.

A ideia de que a regulação do Estado era sinónimo de ineficiência económica e de perda de competitividade torna-se, assim, por esta altura, numa verdadeira obsessão.

Estes factores vão estar na origem de um amplo debate em torno da necessidade de um movimento de reforma da regulação (sobretudo económica), que costuma ser identificado com a presidência de Ronald Reagan ⁽²⁸⁷⁾.

⁽²⁸³⁾ Cfr. Capítulo 3.3.1. *supra*.

⁽²⁸⁴⁾ GEORGE J. STIGLER, “Private vice and public virtue”, *The Journal of Law & Economics*, volume IV, October 1961, p. 9.

⁽²⁸⁵⁾ O Autor dá quatro exemplos: escolaridade obrigatória, normas sobre segurança industrial, leis contra a publicidade enganosa e a regulação de profissões liberais (Idem, p. 4).

⁽²⁸⁶⁾ Sobre os desafios que a economia norte-americana enfrentava no final dos anos setenta, veja-se, por todos, EDWARD R. FRIED / PHILIP H. TREIZISE, “The United States in the World Economy”, in AAVV, *Setting National Priorities. The Next Ten Years*, HENRY OWEN / CHARLES L. SCHULTZE (editores), The Brookings Institution, Washington, DC, 1976, pp. 167 e segs.. Para uma referência ao crescimento da regulação no final da década de setenta e para a sua crítica, veja-se também EUGENE BARDACH / ROBERT A. KAGAN, *Going by the book. The problem of regulating unreasonableness*, Temple University Press, Philadelphia, 1982.

⁽²⁸⁷⁾ A verdade, porém, é que já anteriormente, quer durante a Presidência de Ford, quer durante a Presidência de Carter, haviam sido adoptadas medidas que tinham em vista reduzir a regulação pública – cfr. JOHN GRAHAM et al., “Managing the regulatory State: the experience

A posição de Reagan e da sua administração em relação ao papel do Estado na economia ficaria, aliás, bem patente logo no seu primeiro discurso à nação, ao afirmar que “*o crescimento excessivo do sector público significa que o governo não é a solução para o nosso problema; o governo é o problema*”⁽²⁸⁸⁾.

O objectivo da Administração Reagan foi claro desde o início: reduzir, a qualquer custo, a intervenção do Estado na economia. Com efeito, por esta altura estava já bastante generalizada a ideia de que o excesso de regulação (com a multiplicação de regulamentos e de estatutos) desencorajava a concorrência não só do ponto de vista da entrada de novos operadores, mas também do ponto de vista dos consumidores, contribuindo para o aumento dos preços, em vez da sua diminuição.

O desenvolvimento tecnológico, a crescente globalização da economia e a necessidade de aumentar os níveis de eficiência económica, reduzindo o preço dos produtos e dos serviços, serão, assim, os principais motores de um movimento iniciado durante os anos oitenta nos Estados Unidos e que ficou conhecido pelo termo desregulação⁽²⁸⁹⁾.

Este movimento caracteriza-se, em traços largos, por defender a eliminação de restrições ao funcionamento do mercado.

Os primeiros sectores a serem desregulados foram a indústria da aviação, as telecomunicações e os transportes, a que se seguiram, nos anos seguintes, muitos outros (como o gás natural e a electricidade, por exemplo).

Assim, tal como na Europa Ocidental, a década de oitenta fica também marcada nos Estados Unidos por uma forte reacção contra a excessiva intervenção do Estado na economia. No entanto, enquanto na Europa essa reacção é marcadamente contra a propriedade pública, nos Estados Unidos trata-se de uma reacção contra a regulação pública do mercado.

O objectivo é, contudo, o mesmo: abrir os mercados.

O movimento de privatizações que se vive durante este período na maior parte dos países da Europa Ocidental, está assim para a desregulação a que se assiste na mesma altura nos Estados Unidos, como a propriedade pública estivera, anos antes, para a regulação.

of the Bush Administration”, Fordham Urban Law Journal, volume 33, n.º 4, 2006, pp. 955 e segs..

⁽²⁸⁸⁾ Citado por SAMUEL H. BEER, *To make a nation. The rediscovery of American Federalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1993, p. 3.

⁽²⁸⁹⁾ Este termo é também usado, por vezes, para descrever o conjunto de medidas adoptadas pelo governo de Margaret Thatcher, em Inglaterra, durante o mesmo período. Em nossa opinião, trata-se, no entanto, de um uso incorrecto do termo desregulação, já que o que se assistiu em Inglaterra, por esta altura, foi a um movimento de privatização. Na Parte II teremos, no entanto, oportunidade de analisar melhor quais são, em nossa opinião, as diferenças entre estes dois conceitos.

Em pouco tempo, “a desregulação deixou de ser uma causa solitária, com poucas perspectivas políticas, para passar a ser um cliché na moda” ⁽²⁹⁰⁾.

A verdade, porém, é que apesar de a Administração Reagan ter concentrado a sua atenção, quase em exclusivo, na redução e eliminação das restrições existentes ao funcionamento do mercado, era difícil, para não dizer mesmo impossível, determinar qual o verdadeiro impacto da regulação nos mercados. Com efeito, parecia evidente que as causas das denominadas “falhas da regulação” se ficavam a dever a um conjunto complexo de factores políticos, económicos e sociais que não eram exclusivos da regulação.

A reforma regulatória deveria ser, por isso, e conforme sublinhado por vários sectores da doutrina norte-americana, mais abrangente do que o próprio conceito de desregulação sugeria à primeira vista ⁽²⁹¹⁾.

As medidas adoptadas durante a Presidência Reagan ficariam, no entanto, conhecidas apenas pelo ataque cerrado ao sistema regulatório existente e aos custos gerados pelo mesmo.

Entre essas medidas, destaca-se a aprovação da *Executive Order* 12 291 que implementou um novo tipo de análise regulatória que perdura até aos dias de hoje: a análise custo-benefício. As agências governamentais deveriam, assim, antes de aprovar um novo regulamento, fazer uma análise de todos os custos, bem como de todos os benefícios das medidas propostas para a actividade em questão, submetendo essa análise à prévia verificação e aprovação do *Office of Management and Budget* (OMB), que é também uma agência governamental.

Esta análise, conforme alguns críticos não deixariam, no entanto, de sublinhar, ignorou, a maior parte das vezes, os benefícios criados pela regulação, concentrando-se exclusivamente nos seus custos.

Ao mesmo tempo, e tendo em vista o objectivo de diminuir a intervenção do Estado federal, vai iniciar-se, durante o mesmo período, um processo de delegação de poderes regulatórios do governo federal nos Estados ⁽²⁹²⁾. Cerca de quarenta anos

⁽²⁹⁰⁾ MARTHA DERTHICK / PAUL J. QUIRK, *The Politics of Deregulation*, The Brookings Institution, Washington, DC, 1985, p. 53. Os Autores usam as expressões “buzzword” e “bandwagon”.

⁽²⁹¹⁾ Não é nossa intenção aprofundar, neste ponto, o estudo das várias propostas de reforma do sistema regulatório norte-americano surgidas nesta altura. Em todo o caso, para maiores desenvolvimentos, veja-se o artigo de RICHARD B. STEWART, “Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework”, *California Law Review*, volume 69, n.º 5, September, 1981, pp. 1256 e segs., em que o Autor apresenta alternativas para melhorar o impacto adverso do sistema regulatório na produtividade, promovendo o que designa por “market innovation” e por “social innovation”.

⁽²⁹²⁾ Cfr. GEORGE C. EADS / MICHAEL FIX, *Relief or Reform? Reagan’s Regulatory Dilemma*, The Urban Institute Press, Washington, DC, 1984, em especial pp. 207 e segs..

depois do *New Deal* e do reforço do poder do Estado Federal, iniciava-se, assim, um processo de sentido inverso ⁽²⁹³⁾.

Não obstante as medidas adoptadas por Ronald Reagan e pela sua Administração, a verdade é que a reforma do Estado Regulador norte-americano ficou muito aquém do desejado.

Para muitos, apesar de terem sido realizados alguns progressos, grande parte das medidas anunciadas não passou, no entanto, de pura retórica política; enquanto para outros, a preocupação obsessiva da Administração em reduzir o orçamento (federal) levou à desconsideração de uma série de outras questões que exigiam uma análise mais profunda, nomeadamente em termos sociais e não apenas puramente económicos ⁽²⁹⁴⁾.

Finalmente, o próprio movimento de descentralização do Estado, com a devolução aos Estados de importantes poderes regulatórios, em detrimento do Estado Federal, não ficou também isento de críticas, havendo acusações de falta de coordenação entre os vários níveis de governo, e, bem assim, de que essa devolução se fez, nalguns casos, em áreas em que, à partida, o governo federal estaria melhor preparado para regular do que os Estados ⁽²⁹⁵⁾.

De acordo com MARTIN SHAPIRO, *“a Administração Reagan apenas se pode vangloriar de que conseguiu diminuir a taxa de aprovação de novas leis, mas não de que conseguiu diminuir o volume total da regulação”* ⁽²⁹⁶⁾.

Entretanto, durante a década seguinte, o entusiasmo pela desregulação foi diminuindo ⁽²⁹⁷⁾.

Podem indicar-se três razões gerais para esta progressiva perda de interesse: por um lado, o apoio a estas medidas desreguladoras foi sendo cada vez mais raro; por outro lado, volta a surgir, nomeadamente durante a Presidência de Clinton, uma

⁽²⁹³⁾ Este processo tem sido feito, no entanto, de avanços e de recuos conforme destacam vários Autores americanos – cfr. PAUL TESKE, *“Trends in State Regulatory Power: Balancing Regulation”*, Spectrum: the Journal of State Government, Summer 2004, pp. 20-22, JOSEPH F. ZIMMERMAN, *“Congressional Preemption: Removal of State Regulatory Powers”*, PS: Political Science & Politics, July, 2005, pp. 375-378.

⁽²⁹⁴⁾ Para uma referência a estas críticas, veja-se SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Rethinking the Progressive Agenda: the reform of the American Regulatory State*, Free Press, New York, 1992, pp. 147 e segs.; BARRY D. FRIEDMAN, *Regulation in the Reagan-Bush Era. The Eruption of Presidential Influence*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1995, pp. 151 e segs..

⁽²⁹⁵⁾ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Rethinking the Progressive Agenda: the reform of the American Regulatory State*, op. cit., em especial p. 173.

⁽²⁹⁶⁾ MARTIN SHAPIRO, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 96.

⁽²⁹⁷⁾ Refira-se, aliás, que apesar de o sector económico privado se ter mostrado quase sempre favorável ao movimento de desregulação, pressionando a classe política para adoptar medidas nesse sentido, a opinião pública americana, pelo contrário, revelou desde o início uma certa desconfiança em relação a este movimento, sobretudo em domínios como a saúde pública, o ambiente e a protecção dos consumidores.

relativa preferência pela regulação e, finalmente, a verdade é que a reforma regulatória empreendida durante a década anterior apenas abordou os temas “mais fáceis”, deixando de lado os “mais difíceis” ⁽²⁹⁸⁾, como, por exemplo, a necessidade de encontrar novas formas de relançar a economia e o mercado.

Este último aspecto é particularmente importante, na medida em que a realização de reformas em determinados sectores, ao exigir uma maior intervenção (e um maior consenso) da parte do Congresso, também se tornou, por isso, mais difícil de conseguir. Como assinala DENNIS LOGUE, *“a menos que os Congressistas se sintam pressionados pelos seus círculos eleitorais nesse sentido, não apoiarão uma medida que só irá reduzir o seu poder para governar ou tornar mais difícil a recolha de fundos para as suas campanhas”* ⁽²⁹⁹⁾.

4.2.4. O Estado pós-regulador

O sucesso relativo da reforma do sistema regulatório norte-americano da década de oitenta vai ser o ponto de partida para, nas décadas seguintes, se voltar a repensar as formas de intervenção do Estado na economia.

Após o entusiasmo inicial pela desregulação e pelo “emagrecimento” do Estado, torna-se evidente que a eliminação de algumas restrições em determinados sectores e em certas fases da cadeia de valor, não podia ser feita sem que, paralelamente, outras actividades fossem devidamente reguladas. Exemplos como o “blackout” da Califórnia de 2000 acabariam por demonstrar isso mesmo ⁽³⁰⁰⁾.

Ao mesmo tempo, ficou também patente que a desregulação só por si podia não ser suficiente, podendo funcionar, inclusivamente, nalgumas situações como contraproducente. Efectivamente, em determinados casos, *“verdadeiras falhas de mercado que estão escondidas ou que se encontram circunscritas podem subitamente aparecer”* ⁽³⁰¹⁾, deixando a descoberto novas situações a carecer de regulação.

Deste modo, em meados da década de noventa, o entusiasmo pela desregulação, vivido nos anos anteriores, já tinha esmorecido consideravelmente.

⁽²⁹⁸⁾ DENNIS E. LOGUE, “The Strategy for Privatization in the United States”, in AAVV, *Deregulation and Privatization in the United States*, PAUL W. MacAVOY (editor), Hume Papers on Public Policy, volume III, n.º 3, Autumn 1995, The David Hume Institute, Edinburgh University Press, Edinburgh, pp. 100 e segs..

⁽²⁹⁹⁾ Idem, p. 102.

⁽³⁰⁰⁾ Referimo-nos ao “apagão” (*blackout*) que deixou o Estado da Califórnia sem energia eléctrica em vários períodos entre Junho de 2000 e Maio de 2001 e que, para muitos, foi uma consequência directa das medidas adoptadas por aquele Estado tendo em vista a desregulação do sector eléctrico. Voltaremos a referir-nos a este acontecimento na Parte II (capítulo 2.2.1.).

⁽³⁰¹⁾ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Rethinking the Progressive Agenda: the reform of the American Regulatory State*, op. cit, p. 157.

Com efeito, as virtudes da desregulação e dos *slogans* do “free markets” e “less government” pareciam, cada vez mais, uma filosofia destinada apenas a ser exportada, mas não a ser aplicada dentro dos Estados Unidos ⁽³⁰²⁾. *“Um século de experiência prática levou os americanos a acreditar que os serviços públicos – especialmente os detidos por empresas privadas – são monopólios especiais que o Estado, não os mercados, tem de controlar de perto”* ⁽³⁰³⁾.

Autores como SUSAN ROSE-ACKERMAN sublinham por esta altura, que o objectivo não deveria ser *“desmantelar o Estado, mas reformá-lo”* ⁽³⁰⁴⁾.

A reforma do sector público exigiria, assim, e ao contrário do que se havia defendido até aqui, um Estado activo, estabelecendo prioridades e supervisionando a implementação dos programas revistos, ou seja, um Estado atento às falhas de mercado que ainda pudessem subsistir.

Ao mesmo tempo, surgem também algumas vozes a chamar a atenção para o facto de que o problema não era tanto em termos de “quantidade” da intervenção pública, mas sim do tipo de intervenção. Autores como DAVID OSBORNE e TED GAEBLER escreviam no início dos anos noventa que *“não precisamos de mais governo, mas de melhor governo; não precisamos de outro New Deal, nem de outra Revolução Reagan. Precisamos de uma Perestroika Americana”*, que o mesmo era dizer, de um novo paradigma de Estado em que este deveria passar a ser, sobretudo, um catalisador do investimento privado ⁽³⁰⁵⁾. Estas ideias irão ter, aliás, uma grande repercussão na Administração Clinton, que ficaria marcada, precisamente, pelo *slogan* *“reinventing government”*.

A tónica passa a estar agora na eficiência, racionalidade e, acima de tudo, na qualidade da governação.

Cerca de quatro anos mais tarde, outro Autor norte-americano, THOMAS MCGARITY, referindo-se ao futuro do Estado Regulador nos Estados Unidos, identificava cinco cenários possíveis, atendendo às orientações em voga entre a doutrina americana, os quais oscilavam entre as posições dos radicais anti-intervencionistas e dos defensores do mercado livre (“free marketeers”), de um lado, e as posições dos proteccionistas obstinados (“unrepentant Protectionists”), do outro lado, sendo temperadas pelas ideias dos modernos republicanos independentes

⁽³⁰²⁾ GREGORY PALAST et al., *Democratic regulation: A guide to the control of privatized public services through social dialogue*, op. cit, p. 4.

⁽³⁰³⁾ Ibidem.

⁽³⁰⁴⁾ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Rethinking the Progressive Agenda: the reform of the American Regulatory State*, op. cit, p. 190.

⁽³⁰⁵⁾ DAVID OSBORNE / TED GAEBLER, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, William Patrick Book, Reading, MA, 1992, p. 24.

(“modern republican “mugwumps”) e dos reinventores do bom governo (“good government reinventionists”) (³⁰⁶).

De acordo com o Autor, o cenário mais previsível oscilaria, nas décadas seguintes, entre as propostas dos reinventores do bom governo e a defesa de um regime livre de mercado (moderado), embora o mesmo dependesse, em última análise, de diversos factores, nomeadamente de factores políticos (relativamente aos partidos no poder), económicos e financeiros.

Quem diria, no entanto, há dezasseis anos atrás, que os Estados Unidos e o mundo voltariam a viver uma nova crise económica e financeira, com efeitos tão graves e, aparentemente, tão surpreendentes, como os da crise de 1929?

Estes eram cenários que THOMAS McGARITY achava pouco prováveis em 1996 e que o levavam a considerar que, quer as ideias dos radicais anti-intervencionistas e dos defensores do mercado livre, por um lado, quer as ideias dos proteccionistas obstinados, por outro lado, tinham poucas hipóteses de ser adoptadas nos anos seguintes.

Nos últimos anos foi-se desenvolvendo, no entanto, nos Estados Unidos, a tese de que a tradicional abordagem “regulação *versus* desregulação” não só não era construtiva como deveria ser abandonada. Em seu lugar foram surgindo propostas para uma “smarter regulation” ou “better regulation”, defendendo-se a criação de regras mais efectivas e menos intrusivas e simultaneamente mais eficazes para atingir os objectivos traçados pelo Estado (³⁰⁷).

A verdade é que depois de um relativo desinteresse pelos temas da regulação durante a última década, e que contrastam com o intenso debate promovido nos Estados Unidos nas décadas de setenta e oitenta sobre estes mesmos temas, a crise que se vive, actualmente, a nível mundial, e que para muitos teve a sua origem na desregulação dos mercados financeiros, voltou a colocar estes temas na ordem do dia.

Numa época em que os acontecimentos se sucedem a uma velocidade vertiginosa e em que as distâncias geográficas há muito deixaram de ser uma barreira, as questões são muitas e complexas, com a particularidade de muitas já não serem apenas “nacionais” para passarem a ser, cada vez mais, “globais”.

(³⁰⁶) Para uma análise, em concreto, de cada uma destas posições, cfr. THOMAS O. McGARITY, “The Expanded Debate over the Future of the Regulatory State”, *The University of Chicago Law Review*, volume 63, n.º 4, 1996, pp. 1484 e segs.

(³⁰⁷) Cfr. o Relatório apresentado em 2002 ao Congresso, durante a Presidência de George W. Bush, pelo *Office of Management and Budget* (OMB), intitulado “Stimulating Smarter Regulation”.

Deste modo, tal como na Europa, também nos Estados Unidos se vive, actualmente, um momento crucial em que se repensa qual deve ser o papel do Estado atendendo aos enormes desafios colocados pela situação económica, financeira e social do virar da primeira década do século XXI.

Deixamos aqui, apenas, nota de dois desafios que se colocam, presentemente, ao modelo de Estado Regulador Americano (mas que não teremos dificuldade em ver reproduzidos a nível europeu).

O primeiro, referido por MARK MARTINEZ a propósito da análise dos efeitos da crise dos mercados financeiros de 2008, pode ser facilmente “transplantado” para o domínio da prestação de serviços essenciais. De acordo com o Autor, se é suposto o Estado agir como uma “babysitter” dos maiores *players* do mercado, então terá de ter recursos que lhe permitam fazer mais do que simplesmente aguardar e esperar que desesperados actores privados o chamem para resolver os problemas que criaram ⁽³⁰⁸⁾.

O segundo está relacionado com o desastre ambiental sofrido no golfo do México em Abril de 2010, considerado o maior desastre ambiental de sempre, nos Estados Unidos ⁽³⁰⁹⁾. Com efeito, com o eclodir desta tragédia voltaram a surgir dúvidas sobre qual deve ser o papel do Estado num regime de mercado, nomeadamente qual deve ser o seu papel na supervisão de actividades perigosas levadas a cabo por operadores privados e até que ponto essa supervisão se pode revelar eficaz quando existe uma relação, por vezes demasiado estreita, entre reguladores e regulados.

Ao mesmo tempo, a demora na solução do problema colocou também a descoberto os limites (técnicos, mas também jurídicos) da própria actuação da administração norte-americana para encontrar uma solução, questionando-se até que ponto o livre funcionamento do mercado, em favor do crescimento dos níveis de eficiência económica, não representa, afinal, um verdadeiro perigo ao confiar (quase exclusivamente) em privados para satisfazer o interesse público.

⁽³⁰⁸⁾ MARK MARTINEZ, *The Myth of the Free Market. The Role of the State in a Capitalist Economy*, Kumarian Press, Sterling, 2009, p. 244. DAVID BOAZ usa uma metáfora semelhante (“Nanny State”) para, no entanto, e em sentido oposto, criticar, de forma provocadora, a excessiva intervenção do Estado na actividade económica (Cfr., *The Politics of Freedom. Taking on the left, the right and threats to our liberties*, Cato Institute, Washington, DC, 2008).

⁽³⁰⁹⁾ O acidente fez com que o poço de Macondo, a cerca de 1,6 km da superfície do mar, expelisse milhões de barris de petróleo no golfo do México, poluindo centenas de quilómetros da costa. O buraco só foi tapado em Julho de 2010. A empresa responsável pela exploração do poço era a petrolífera inglesa BP. O Relatório Final da Comissão designada para investigar as causas do acidente, apresentado em Janeiro de 2011, viria a concluir pela existência de falhas graves na supervisão levada a cabo pelo governo federal em relação à actividade de extracção de petróleo [o Relatório pode ser consultado em <http://www.oilspillcommission.gov/final-report>].

O maior desafio no futuro será, assim, descobrir, como propõe PAUL JOSKOW, o melhor que podemos fazer num mundo imperfeito ⁽³¹⁰⁾.

4.3. O papel das Comissões Reguladoras Independentes

A análise da evolução do Estado Regulador nos Estados Unidos não fica completa sem uma referência às Comissões Reguladoras Independentes ⁽³¹¹⁾. Afinal, estas Comissões são uma das facetas, se não a faceta mais importante, do modelo de Estado Regulador neste país.

A primeira Comissão Federal foi criada em 1887 (*Interstate Commerce Commission* (ICC)) para regular o funcionamento da indústria dos caminhos-de-ferro, então em franca expansão. O seu principal objectivo era proteger os pequenos comerciantes, bem como os pequenos distribuidores contra a aplicação de taxas discriminatórias pelas empresas que controlavam este novo meio de transporte. Esta é a explicação tradicional. Existem, no entanto, outras explicações para a criação da ICC. De acordo com uma outra concepção, a ICC teria como objectivo proteger o interesse público, garantindo a existência de um sistema de transportes eficiente. Para outros, a ICC teria sido criada para defender os interesses dos próprios transportadores, protegendo-os dos “rigores” da concorrência. Existe ainda quem defenda que a ICC não foi criada para proteger os donos das empresas de caminhos-de-ferro, mas os seus concorrentes, servindo, simultaneamente, como força de bloqueio em relação a novos investimentos e como travão relativamente à implementação de inovações no sector.

Provavelmente, não foi, apenas, uma, mas várias as razões que estiveram por detrás da criação da ICC, à semelhança, aliás, do que aconteceria, nas décadas seguintes, com a criação de outras Comissões que seguiram este mesmo modelo ⁽³¹²⁾.

⁽³¹⁰⁾ PAUL L. JOSKOW, *Deregulation: Where Do We Go From Here?*, The AEI Press, Washington, DC, 2009, p. 46.

⁽³¹¹⁾ Referimo-nos, apenas, no texto às Comissões criadas a nível federal, embora também existam Comissões Reguladoras Independentes criadas pelos Estados. Estas Comissões são também designadas por alguma doutrina por agências. Este conceito é, no entanto, mais abrangente, englobando para além das Comissões Reguladoras Independentes propriamente ditas, os departamentos governamentais directamente dependentes do Presidente e que são responsáveis por sectores específicos da economia (agricultura, ambiente, florestas, entre outros) – para uma distinção entre estes dois tipos de *agencies*, no direito norte-americano, veja-se DOMINIQUE CUSTOS, “The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies”, *American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, em especial pp. 615-618.

⁽³¹²⁾ Em 1913, foi criada a *Federal Reserve Board* e um ano mais tarde seria a vez de ser criada a *Federal Trade Commission*. Dois anos depois, nascem a *Shipping Board* e a *Tariff Commission*. Em 1920 foi criada a *Federal Power Commission*, a que se seguiria, durante a década de vinte, a criação de outras tantas Comissões Reguladoras Independentes.

O curioso destas explicações é que as mesmas continuam a ser apresentadas, ainda hoje, quer como argumentos a favor, quer como argumentos contra a existência destas entidades.

Em causa estavam, no entanto, entidades cujo principal traço característico era a sua independência relativamente ao Governo (que, como referimos nos capítulos anteriores, sempre foi olhado com suspeita nos Estados Unidos), bem como em relação aos regulados.

Com o aparecimento das primeiras Comissões Reguladoras Independentes vai desenvolver-se o moderno direito administrativo americano, entendido como o direito que regula o modo como as Comissões aplicam os seus programas e os Tribunais fiscalizam a sua actividade.

Será, no entanto, durante o período do *New Deal*, nos anos trinta do século passado, que a actividade das Comissões conhecerá uma expansão maior, fruto do próprio crescimento da intervenção governamental na economia e do aparecimento do moderno Estado Administrativo americano.

A consequência mais visível do aumento da intervenção pública nesta época será, precisamente, o aparecimento de novas agências e de novos departamentos governamentais dependentes do Presidente, e, simultaneamente, também a criação de modernas Comissões Reguladoras Independentes ⁽³¹³⁾.

Não é, no entanto, só em número, mas também em importância que as Comissões Reguladoras irão crescer. A seu favor tinham o facto de serem entidades independentes do poder político, compostas por especialistas e por técnicos com reconhecida experiência nas actividades que deveriam regular, o que garantia, à partida, uma resposta rápida e flexível para as diferentes questões que lhes eram submetidas, longe, portanto, da influência dos programas políticos.

As Comissões eram criadas pelo Congresso que delegava nas mesmas importantes poderes, isto não obstante a Constituição não fazer qualquer referência a estes organismos. Na sugestiva expressão de KOHLMEIER, *“a arte da política lida com o eleitorado, pressões, compromissos e poder. A ciência económica lida com factos, números, dinheiro e máquinas. As Comissões Independentes foram criadas para ligar estes dois mundos, cabendo à doutrina e à lei justificar a sua legitimidade constitucional”* ⁽³¹⁴⁾.

⁽³¹³⁾ Estas transformações foram acompanhadas pela aprovação do *Administrative Procedure Act*, em 1946, que é ainda hoje, não obstante as alterações que entretanto sofreu, a legislação que regula a actividade das agências (compreendendo quer os departamentos directamente dependentes do poder executivo, quer as Comissões Reguladoras Independentes).

⁽³¹⁴⁾ LOUIS M. KOHLMEIER Jr, *Watchdog Agencies and the Public Interest. The Regulators*, Harper & Row, Publishers, New York, 1969, p. 29.

Não será, pois, de estranhar que os primeiros “inimigos” destas novas entidades, ainda no final do século XIX, tenham sido os Tribunais que se sentiram ameaçados face aos poderes das novas Comissões. Com efeito, inicialmente, as Comissões surgem como um complemento da actividade dos Tribunais, uma vez que o seu objectivo principal era resolver os litígios que opunham os diferentes operadores em determinadas actividades.

Depressa, no entanto, os seus partidários tratarão de exaltar as suas especiais características, demarcando a sua actuação da do poder judicial. Deste modo, para além dos especiais conhecimentos técnicos dos comissários, que os juízes não possuíam, argumentava-se também que estas entidades tinham procedimentos mais flexíveis do que os Tribunais, o que permitia um constante acompanhamento dos desafios do mercado, com resultados que os Tribunais dificilmente conseguiriam alcançar. Por outro lado, enquanto a actuação dos Tribunais era posterior à ocorrência da violação, a actuação das Comissões era anterior, visando prevenir essas mesmas violações.

Outro argumento a favor da existência destes organismos era ainda o facto de estas entidades combinarem vários poderes (legislativo, administrativo e judicial), enquanto os Tribunais só podiam interpretar e aplicar a lei.

Num sistema constitucional em que um dos pilares é, precisamente, o princípio da separação de poderes, assente num modelo de “check and balances”, este argumento parece, no entanto, à primeira vista, contraproducente.

A verdade, porém, é que, apesar de esta combinação de poderes aparentemente violar o princípio da separação de poderes, ela surgia, ainda assim, como justificável, *“uma vez que se acreditava que esta nova forma organizatória possuía a flexibilidade e a concentração de experiência necessária para lidar com alguns dos mais complicados problemas regulatórios”* ⁽³¹⁵⁾. Esta explicação é, por si só, suficientemente indicativa da própria ambiguidade que sempre rodeou a existência destas Comissões Reguladoras, ora defendidas em períodos de maior intervenção governamental, ora atacadas em épocas em que o Estado e o governo foram também postos em causa.

Prova disso mesmo tem sido igualmente a posição dos regulados relativamente à actividade das Comissões. Com efeito, é difícil falar numa posição constante seja a favor, seja contra estas entidades. O que talvez se possa compreender melhor se tivermos em conta, como sublinha MARVER BERNSTEIN, que *“a existência de*

⁽³¹⁵⁾ MARC ALLEN EISNER et. al., *Contemporary Regulatory Policy*, 2.^a edição, Lynne Rienner Publishers, London, 2006, p. 33.

Comissões recorda que a economia não é auto-regulada, mas naturalmente o preço para a sua continuidade é a mínima interferência na actividade do sector privado“ ⁽³¹⁶⁾.

A verdade, porém, é que mesmo numa altura em que a actividade das Comissões, sobretudo nas décadas de sessenta e de setenta do século passado, poderia ser considerada especialmente agressiva em relação a determinados sectores, nomeadamente com a criação de Comissões incumbidas de fiscalizar o cumprimento de regras ambientais, de segurança e de protecção da saúde pública ⁽³¹⁷⁾, a reacção da indústria não foi tão violenta como se poderia esperar.

O principal ataque contra estas entidades chegaria, no entanto, no final da década de setenta e durante a década de oitenta com a crise do Estado Regulador. Com efeito, era preciso encontrar “culpados” para a falta de competitividade que a economia americana enfrentava por esta altura, pelo que depressa as Comissões Reguladoras Independentes passaram a estar na mira do Congresso e dos Tribunais.

As maiores críticas diziam respeito à sua alegada falta de independência em relação aos regulados, existindo vários testemunhos de Comissões que tinham sido aparentemente capturadas pelos regulados ⁽³¹⁸⁾. Ao mesmo tempo, os próprios procedimentos das Comissões foram também severamente escrutinados, questionando-se os seus vastos poderes legislativos e a sua ampla margem de discricionariedade. As Comissões eram, sobretudo, acusadas de regular em excesso e de com isso criarem mais custos do que benefícios para a maioria das indústrias americanas ⁽³¹⁹⁾.

Finalmente, nem o próprio argumento da especialização técnica e da experiência dos membros das Comissões escapou também às críticas, tendo-se generalizado a ideia de que os comissários eram nomeados não pelos seus especiais conhecimentos técnicos ou pela sua experiência no sector, mas porque tinham demonstrado ter alguma valia para o partido no poder ⁽³²⁰⁾.

⁽³¹⁶⁾ MARVER H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, reimpressão, Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1977, p. 13.

⁽³¹⁷⁾ Como a OSHA (Occupational Safety and Health Administration).

⁽³¹⁸⁾ Cfr. P. J. QUIRK, *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1981, pp. 4-5.

⁽³¹⁹⁾ Curiosamente, surgem, no entanto, nesta época, vários artigos que, analisando a actividade de algumas Comissões em concreto, procuram realçar os benefícios da sua actuação em detrimento dos eventuais custos decorrentes da sua regulação do sector. Veja-se, por exemplo, o artigo de ANN P. BARTEL / LACY GLENN THOMAS, “Direct and Indirect Effects of Regulation: a new look at OSHA’s impact”, *Journal of Law and Economics*, volume 28, April, 1985, pp. 1 e segs..

⁽³²⁰⁾ DAVID B. AUDRETSCH, *The Market and The State. Government Policy Towards Business in Europe, Japan and the United States*, New York University Press, New York, 1989, p. 125. Num sentido semelhante, PAUL JOSKOW conclui que as Comissões Reguladoras Independentes anteriormente dominadas por “reasonably independent technocratic experts” com objectivos claros, passaram a ser dominadas, cada vez mais, por comissários e por

De repente, o crescimento da actividade das Comissões Reguladoras Independentes passou a ser encarado como uma ameaça de aparecimento de um quarto poder, ao lado dos tradicionais poderes legislativo, executivo e judicial. A grande diferença relativamente àqueles poderes, reside, no entanto, na alegada ausência de responsabilidade política das Comissões.

A questão da independência das Comissões Reguladoras tem estado sempre, aliás, no centro do debate entre os seus principais partidários e opositores.

Até que ponto é que se trata de entidades completamente independentes e de que modo é que esse facto ameaça o próprio conceito de democracia, são algumas das questões que têm sido colocadas por diversos sectores da sociedade, da política e da doutrina constitucional e administrativista norte-americana durante os mais de cem anos de existência destas Comissões, ou seja, basicamente desde a criação da ICC.

A posição maioritária é a de que a independência destas Comissões significa, acima de tudo, independência em relação a um determinado partido político e não ausência de qualquer fiscalização ou controlo.

Existem, depois, várias interpretações sobre o grau e tipo de independência das Comissões Reguladoras Independentes, nomeadamente em relação aos tradicionais poderes: legislativo, corporizado pelo Congresso que é responsável pela sua criação; executivo, personificado pelo Presidente que nomeia os comissários e que apenas os pode demitir em situações específicas e, finalmente, pelo poder judicial que corresponde aos tribunais ⁽³²¹⁾.

técnicos superiores com limitados objectivos políticos – quer à direita, quer à esquerda (Cfr. *Deregulation: Where Do We Go From Here?*, op. cit., p. 15).

⁽³²¹⁾ Sobre os diferentes graus de influência de cada um destes poderes na actividade destas Comissões veja-se, em termos gerais, e sob diferentes perspectivas, TERRY MOE, “Regulatory Performance and Presidential Administration”, *American Journal of Political Science*, volume 26, n.º 2, May, 1982, em especial pp. 200-202, BRUCE ACKERMAN, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, volume 113, 2000, pp. 633 e segs., ELENA KAGAN, “Presidential Administration”, *Harvard Law Review*, volume 114, 2001, pp. 2245 e segs. e MATTHEW STEPHENSON, “Mixed Signals: Reconsidering the Political Economy of Judicial Deference”, *Administrative Law Review*, volume 56, 2004, pp. 657 e segs.. Em particular, sobre algumas formas indirectas de influência do Congresso, veja-se o artigo de MATHEW McCUBBINS / THOMAS SCHWARTZ, “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire-Alarms”, *American Journal of Political Science*, volume 28, 1984, pp. 16 e segs., em que os Autores analisam aquilo que chamam de “fire alarms” que não é mais do que um mecanismo de controlo *ex post* da actividade das Comissões, através de grupos de interesses, e que serve para alertar o Congresso sempre que alguma Comissão se desvia dos objectivos que lhe foram estabelecidos por aquele órgão. Sobre este tema, e com uma outra perspectiva bastante interessante sobre a influência que as agências podem ter em relação à actividade umas das outras, sugere-se também a consulta do artigo de J. R. De SHAZO e JODY FREEMAN, “Public Agencies as lobbyists”, *Columbia Law Review*, volume 105 (8), 2005, pp. 2217 e segs.. Os Autores concluem, aliás, que esta influência pode ter inclusivamente implicações ao nível do princípio da separação de poderes, quando as agências *lobbyistas* são

Nada melhor, aliás, para ilustrar esta teia de complexas relações, do que citar a seguinte passagem de MAJONE, “as comissões apesar de designadas como independentes, são, em vários aspectos, extremamente dependentes dos três poderes constitucionais. Devem a sua existência ao Congresso, cujas leis governam a sua actividade e de quem recebem apoio não só financeiro, mas mais importante, político. Os tribunais federais revêem a qualidade das suas decisões, podendo, se necessário, anular as mesmas. Finalmente, os comissários, tal como o seu director, devem a sua nomeação ao Presidente, ainda que este não os possa demitir sem justa causa, nomeadamente no caso de discordar das suas medidas” ⁽³²²⁾.

De acordo com MARTIN SHAPIRO, apenas se pode falar em independência no sentido de que, se é verdade que estas Comissões não estão sujeitas a um total controlo da parte dos congressistas de um único partido político, também são relativamente independentes do Presidente, uma vez que os comissários não são todos designados pelo Presidente e apenas podem ser destituídos em determinadas situações ⁽³²³⁾.

Num sentido semelhante, DAVID BUTLER conclui, a propósito da *United States International Trade Commission* (USITC), que os comissários não estão livres de influência, mas podem ainda assim ser considerados independentes em dois aspectos: dos partidos políticos e de um único órgão, uma vez que nem o Congresso, nem o Presidente determinam, só por si, o seu sentido de voto ⁽³²⁴⁾.

Posição diferente tem BARRY WEINGAST. Com efeito, para este Autor existe, na verdade, um sistema engenhoso que embora envolva pouco controlo directo da parte do Congresso em relação às decisões das Comissões, ainda assim, resulta em políticas desejadas pelo Congresso ⁽³²⁵⁾. No seu interessante artigo, o Autor recorre à aplicação da teoria do “principal-agent” para demonstrar que o Congresso (*principal*)

departamentos governamentais e as agências influenciadas são Comissões Reguladoras Independentes (criadas pelo Congresso, portanto).

⁽³²²⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Regulation and its modes”, GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, p. 22.

⁽³²³⁾ MARTIN SHAPIRO, “The problem of independent agencies in the United States and the European Union”, *Journal of European Public Policy*, volume 4 (2), 1997, pp. 279 e segs.. Este grau “intermédio e ambíguo” de independência explica-se, segundo o Autor, pela convergência de três tensões. A primeira diz respeito à crença americana no *laissez-faire* e o seu conflito latente com a necessidade de regulação. A segunda tensão está relacionada com o facto de a regulação ser em parte gestão e em parte “policy-making”. Finalmente, existe uma tensão geral entre a legitimidade tecnocrática e a legitimidade democrática. Neste último sentido, “as agências devem ser relativamente separadas da política por causa da sua experiência técnica, mas não demasiado separadas” (Idem, p. 280).

⁽³²⁴⁾ DAVID ALAN BUTLER, *Does “Independent” mean “free from influence”? A case study of Federal Regulatory Decision-Making*, Dissertação de Doutoramento Carnegie-Mellon University, Pittsburgh, 1992, p. 155.

⁽³²⁵⁾ BARRY WEINGAST, “The congressional-bureaucratic system: a principal agent perspective (with applications to the SEC)”, *Public Choice*, n.º 44, 1984, p. 148.

tem, afinal, uma grande influência nas decisões das Comissões (*agent*), não obstante essa influência não ser diária e não se traduzir, sequer, numa avaliação minuciosa e detalhada dos programas das Comissões.

A verdade é que em plena década de oitenta, estas Comissões se encontravam debaixo de um verdadeiro fogo cruzado, entre os que criticavam a sua ampla margem de actuação, agravada pela alegada ausência de controlo ou supervisão, e os que continuavam a defender a sua existência.

Apesar de alguns terem chegado a defender a abolição das Comissões ⁽³²⁶⁾, esta nunca foi, no entanto, uma solução acolhida pela maioria.

A favor das Comissões Reguladoras Independentes argumentava-se, por exemplo, que algumas das críticas que lhes eram dirigidas, nomeadamente em relação à sua margem de discricionariedade, se ficavam a dever, sobretudo, à ambiguidade da própria legislação que deviam aplicar. A verdade é que a existência de regras demasiado precisas poderia acabar por dificultar a adopção de métodos mais flexíveis e criativos que era, precisamente, o que se esperava que as Comissões fizessem na prática. Por outro lado, a favor das Comissões invocava-se também que muitas das suas “falhas” se podiam atribuir à falta de meios para investigar os casos mais complexos e não, propriamente, à defesa dos interesses dos regulados.

Tivessem ou não as Comissões falhado em cumprir a sua tarefa, por esta altura, todos (Presidente, Congresso e Tribunais) estavam de acordo em que a sua actividade tinha de ser sujeita a um maior controlo.

Seguindo as vozes dos críticos, muitos dos quais eram seus apoiantes, o Presidente Reagan irá aprovar, imediatamente a seguir à sua tomada de posse, a já referida *Executive Order* 12 291 ⁽³²⁷⁾, pondo em prática um novo modelo de análise regulatória, cujo principal objectivo era examinar os custos, bem como os benefícios das medidas propostas pelas agências governamentais. Destinada fundamentalmente a ser aplicada pelos departamentos dependentes do poder executivo, algumas Comissões Reguladoras Independentes acabarão, no entanto, por adoptar também, em certos casos, esta nova análise. A revisão dos programas era feita pelo *Office of Management and Budget* (OMB), directamente sob a alçada do gabinete do Presidente e, em particular, pelo seu departamento especializado o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA). Esta *Executive Order* será complementada com a aprovação, ainda durante a Presidência de Ronald Reagan, da *Executive Order*

⁽³²⁶⁾ LOUIS M. KOHMEIER, Jr, *Watchdog Agencies and the Public Interest. The Regulators*, op. cit., p. 290.

⁽³²⁷⁾ Cfr., supra, capítulo 4.2.3.

12 498 que passou a exigir a cada agência que submetesse ao OIRA o seu plano de regulação anual para revisão e posterior aprovação.

O Congresso, por seu lado, seguindo um caminho iniciado durante as décadas anteriores, aprovou também novas medidas legislativas tendo em vista uma maior democratização e consequente maior transparência do processo de decisão das Comissões ⁽³²⁸⁾. Ao mesmo tempo, foram também criadas pelo Congresso um conjunto de comissões para investigar as actividades destas entidades. São vários, no entanto, os Autores que sublinham a descontinuidade das medidas adoptadas pelo Congresso, aprovadas consoante as pressões políticas do momento e, bem assim, o grau de exposição da actividade de uma determinada Comissão à opinião pública ⁽³²⁹⁾.

Os Tribunais, por seu turno, depois de um período de algum apagamento durante as décadas de cinquenta e sessenta, vão também aumentar a sua fiscalização sobre a actuação das Comissões, desenvolvendo, para tal, um conjunto de novas teorias (quer quanto ao processo de adopção de decisões, quer quanto à aprovação de regulamentos) ⁽³³⁰⁾.

O processo de reforma e de revisão da actividade das Comissões Reguladoras Independentes prosseguiu para lá da década de oitenta e da Administração Reagan.

Com efeito, a análise económica custos-benefícios continuou a ser feita, por exemplo, durante a Presidência de Clinton e, posteriormente, também nos mandatos de George W. Bush. Aliás, e para surpresa de muitos, Clinton viria mesmo a aprovar a *Executive Order* 12 866 que seguiu a mesma linha das anteriores *Executive Orders* 12 291 e 12 498 aprovadas durante a Presidência de Ronald Reagan. Entre as novidades da *Executive Order* 12 866, face às suas antecessoras, conta-se a inclusão, pela primeira vez de forma explícita, das Comissões Reguladoras Independentes no âmbito

⁽³²⁸⁾ Cfr. B. COTTIER, "Les "Independent agencies" américaines", *International Review of Administrative Sciences*, volume 51, n.º 2, 1985, pp. 161 e segs., com uma referência a algumas destas medidas, bem como à sua eficácia.

⁽³²⁹⁾ ANN P. BARTEL e LACY GLENN THOMAS destacam, por exemplo, o paradoxo que representa a nova atitude do Congresso em relação à OSHA, no início da década de oitenta, quando, na década anterior, havia apoiado a actividade desta Comissão, numa altura em que, aparentemente, a mesma seria responsável por poucos benefícios e muitos custos (cfr. "Direct and Indirect Effects of Regulation: a new look at OSHA's impact", op. cit., p. 2).

⁽³³⁰⁾ Para uma referência a estas teorias, veja-se MARTIN SHAPIRO, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., em especial, pp. 107 e segs. Sobre o controlo judicial das actividades das agências, bem como as suas limitações, veja-se STEPHEN G. BREYER, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", in AAVV, *Public Regulation. New Perspectives on Institutions and Policies*, ELIZABETH E. BAILEY (editor), The MIT Press, Cambridge, MA, 1987, pp. 45 e segs..

de aplicação da referida medida, ainda que fosse apenas para sujeitar o seu plano anual de regulação à revisão do OMB ⁽³³¹⁾.

As tentativas de coordenar e de racionalizar a actuação das Comissões foram, no entanto, alvo de várias críticas, sobretudo nos últimos anos.

Por um lado, há quem veja nestas medidas uma tentativa de influenciar politicamente as Comissões, condicionando *a priori* a sua actuação, mediante uma tentativa ilegítima de centralização do processo decisório, ora na Presidência, ora no Congresso.

Por outro lado, há quem critique a obsessão com o controlo dos custos que estaria subjacente à análise custos-benefícios que, ao ignorar sistematicamente os benefícios resultantes da actividade das Comissões, não seria mais do que uma forma de limitar o Estado Regulador, prejudicando a regulação mesmo quando esta beneficia o funcionamento da economia ⁽³³²⁾. Aliás, como consequência destas medidas, existem mesmo denúncias de que as Comissões têm preferido enveredar, nos últimos anos, pela adopção de regras menos compulsivas, deixando outras situações sem regulação, apenas para não serem acusadas de excesso de regulação.

Finalmente, há também quem questione a própria legitimidade do OMB, que é ele próprio uma agência (encontrando-se sob alçada directa do Presidente), para fazer a revisão dos programas de outras agências, bem como das Comissões. Para alguns Autores, o OMB seria tão ou menos isento do que as outras agências relativamente às pressões e à captura pelos regulados ⁽³³³⁾. Por outro lado, a actuação do OMB levanta também problemas de constitucionalidade, na medida em que a mesma pode ser vista como uma intromissão do poder executivo no âmbito do poder legislativo (já que é ao Congresso que compete criar as Comissões Reguladoras Independentes e aprovar os seus estatutos).

Simultaneamente, há quem continue a defender que, tendo em conta a sua especial preparação técnica, as Comissões são as únicas entidades que estão

⁽³³¹⁾ Para uma análise mais detalhada da *Executive Order* 12 866 e das suas implicações, veja-se RICHARD H. PILDES / CASS SUNSTEIN, "Reinventing the Regulatory State", *The University of Chicago Law Review*, volume 62, n.º 1, 1995, pp. 16 e segs..

⁽³³²⁾ NICHOLAS BAGLEY e RICHARD REVESZ referem, por exemplo, que o atraso do OIRA na revisão dos programas das agências (no âmbito da análise custos-benefícios) acaba por funcionar, na prática, como um verdadeiro veto (Cfr. "Centralized oversight of the Regulatory State", *Columbia Law Review*, 2006, p. 1280).

⁽³³³⁾ *Idem*, pp. 1304 e segs.. Para uma resposta a estas e outras críticas em relação à actuação do OMB e do OIRA, veja-se o artigo de JOHN GRAHAM et al., "Managing the regulatory State: the experience of the Bush Administration", *op. cit.*, pp. 980 e segs.. JOHN GRAHAM foi, aliás, Administrador do OIRA durante o mandato de George W. Bush.

preparadas para responder aos desafios colocados pelas inovações tecnológicas e pela globalização da economia ⁽³³⁴⁾.

Em suma, as complexas relações de interdependência, por vezes difíceis de explicar, entre as Comissões Reguladoras Independentes, o poder executivo e o poder legislativo, a par da permanente pressão de que as mesmas são alvo, quer por parte dos regulados, quer por parte dos beneficiários da regulação, colocam, invariavelmente, a actuação destas Comissões no centro das atenções do moderno direito administrativo norte-americano.

Porém, mesmo para os que criticam o seu excessivo poder e a sua eventual falta de legitimidade democrática, a existência deste tipo de entidades parece ser, nos dias de hoje, um dado assente, o que é, aliás, reforçado pelo facto de este mesmo modelo de regulação ter servido de inspiração para a criação de entidades semelhantes, nomeadamente deste lado do Atlântico.

Em jeito de conclusão, pode dizer-se que o actual Estado Regulador americano se caracteriza por ser um Estado cuja função principal é dirigir, controlar e supervisionar a actividade económica privada. O Estado (Estado federal ou Estados federados) assume, assim, fundamentalmente um papel de árbitro (sobretudo através da actuação das Comissões Reguladoras Independentes), seja aprovando regulamentos que disciplinam o exercício das diferentes actividades económicas, seja decidindo os litígios que opõem os diferentes operadores ou operadores e consumidores.

A grande questão com que este modelo de Estado se debate, e que é simultaneamente uma das suas maiores virtualidades e a sua maior dificuldade, é como garantir a independência da regulação (em face do poder político), sem pôr em causa a própria democracia representativa. Remetemos, no entanto, para a Parte II (capítulo 4) a análise crítica do modelo regulatório americano.

⁽³³⁴⁾ Cfr. JEFFREY E. SHUREN, "The modern administrative regulatory state: a response to changing circumstances", Harvard Journal on Legislation, Summer 2001, pp. 291 e segs..

5. Em Portugal

O cenário, por excelência, do Estado Regulador é, pelo menos conforme o mesmo foi desenhado nos Estados Unidos, um cenário em que as actividades económicas são exercidas por operadores totalmente privados (isto é, sem participação do Estado no seu capital accionista) e em regime de mercado. Neste quadro, o Estado tem como missão suprir as falhas do mercado e, dessa forma, prosseguir o interesse público que a actuação de operadores completamente privados, só por si, não consegue assegurar, ao contrário do que sucede num modelo de Estado Social em que a função reguladora e a função produtiva são desempenhadas conjuntamente pelo Estado, nas suas vestes de empresário.

Não é este, no entanto, o cenário que temos em Portugal, ou pelo menos, não é só este. Com efeito, a par de situações em que nos deparamos com um verdadeiro Estado Regulador (sendo as funções produtivas desempenhadas por operadores privados), outras existem em que o Estado actua, simultaneamente, nas duas vertentes, ou seja, enquanto empresário e enquanto regulador e outras em que o Estado é ainda e só empresário (acumulando, neste caso, a função reguladora com a função produtiva).

Deste modo, e nos sectores dos tradicionais serviços públicos económicos, ainda encontramos algumas situações que podemos designar como “híbridas”, ou seja, (i) situações em que o mercado se encontra perfeitamente liberalizado, mas onde ainda actuam empresas públicas ou empresas com participações públicas ao lado de empresas inteiramente privadas, a par de exemplos de (ii) situações em que certas actividades continuam a ser exercidas em regime de monopólio (situação frequente nas indústrias de rede que correspondem a monopólios naturais), por empresas públicas (sendo o caso, por exemplo, da actividade de gestão da infra-estrutura ferroviária).

Neste contexto, nem sempre é fácil distinguir se estamos perante a (*velha*) figura do Estado Empresário (característica do modelo de Estado Social) ou se já nos encontramos perante a (*nova*) figura do Estado Regulador, havendo casos em que estas duas figuras ainda se sobrepõem⁽³³⁵⁾.

A liberalização imposta pelo Direito da União Europeia, a qual tem em vista, em primeira linha, o fim dos regimes de excepção (de monopólio) que ainda persistem em alguns Estados-Membros e em particular em alguns sectores económicos ditos tradicionais, aponta, no entanto, para a completa consolidação, também entre nós, de

⁽³³⁵⁾ O que justifica, entre outras razões, a criação de Autoridades Reguladoras Independentes, as quais oferecem maiores garantias de imparcialidade na regulação de um determinado sector em que a par de operadores privados continuam a existir também operadores públicos.

um modelo de Estado Regulador, com as características que descrevemos atrás. Aliás, ainda que o Direito Europeu não se mostre contrário à manutenção da propriedade pública, a verdade é que, como referimos igualmente acima, tudo indica que as situações em que o Estado continua a ser empresário tenderão a ser cada vez mais residuais, assistindo-se a um progressivo abandono, da parte dos Estados, do seu papel de operador económico a favor dos privados.

No caso português, o processo de *consolidação* do modelo de Estado Regulador sofreu muito recentemente um forte, senão mesmo decisivo, impulso. Com efeito, o particular contexto político, económico e financeiro que levou a que o Estado Português recorresse, em 2011, à assistência financeira da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional, e que viria a culminar com a assinatura de um Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades da Política Económica com uma estrutura tripartida constituída pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional, parece não deixar muitas dúvidas a este respeito. As orientações expressas no referido Memorando são claras: acelerar a privatização de empresas públicas responsáveis pela prestação de serviços públicos ⁽³³⁶⁾, liberalizar os mercados ⁽³³⁷⁾, reforçar a concorrência, bem como os poderes dos reguladores sectoriais e eliminar os direitos especiais do Estado em empresas privadas (*golden shares*) ⁽³³⁸⁾.

Estas orientações viriam a ser, entretanto, integradas no Programa do XIX Governo Constitucional ⁽³³⁹⁾, o qual prevê alterações substanciais nos sectores dos transportes ferroviários, dos serviços postais, das comunicações electrónicas e da energia, nomeadamente em termos de privatização de empresas públicas até agora

⁽³³⁶⁾ Neste particular, um dos objectivos previstos na versão inicial do Memorando passava pela privatização, até ao final de 2013, de empresas que actuavam no sector dos transportes (como a ANA - Aeroportos de Portugal, a TAP e a CP Carga), no sector da energia (como a GALP, a EDP e a REN) e no sector das comunicações (CTT). Em relação à EDP e à REN, o objectivo era prosseguir uma privatização acelerada, incluindo a venda, até ao final de 2011, das acções que o Estado ainda detinha nestas duas empresas, o que veio a acontecer no início de 2012 (embora no caso da REN a privatização não tenha sido total). Relativamente à TAP, o processo de privatização da empresa foi suspenso no final de 2012 perante a falta de candidatos idóneos. Quanto à ANA, a venda das acções detidas pelo Estado foi formalizada em Fevereiro de 2013. No momento em que escrevemos encontra-se a dar os primeiros passos o processo de privatização dos CTT.

⁽³³⁷⁾ O Memorando fixa como objectivos a conclusão do processo de liberalização dos mercados de electricidade e de gás natural e a prossecução do processo de liberalização do sector postal.

⁽³³⁸⁾ Esta medida mostra-se, aliás, em consonância com a mais recente jurisprudência comunitária nesta matéria que já por duas vezes considerou os direitos especiais detidos pelo Estado Português em empresas como a Portugal Telecom, SGPS, SA e a EDP – Energias de Portugal, SA incompatíveis com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais (cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 8 de Julho de 2010, proferido no processo C-171/08 (processo Portugal Telecom) e Acórdão do mesmo Tribunal, de 11 de Novembro de 2010, proferido no processo C-543/08 (processo EDP).

⁽³³⁹⁾ Programa do XIX Governo Constitucional, Presidência do Conselho de Ministros, 2011.

consideradas chave para a economia nacional e de eliminação dos direitos especiais (*golden shares*) do Estado enquanto accionista em algumas destas empresas ⁽³⁴⁰⁾.

O objectivo é, assim, declaradamente aumentar a concorrência nestes mercados, através da sua abertura total à participação do sector privado e da redução da intervenção directa do Estado nos mesmos.

Os tempos são, pois, de mudanças e de mudanças profundas no nosso quadro político e económico, o que, só por si, constitui um enorme desafio. Mas o desafio vive-se também em termos jurídicos e, em particular, ao nível do Direito Constitucional e do Direito Administrativo (considerando o Direito Administrativo como Direito Constitucional concretizado), com a necessidade de enquadrar todos estes novos fenómenos (que se sucedem com uma rapidez alucinante) nos esquemas legais tradicionais, umas vezes acomodando-os, outras vezes (a maioria), superando-os.

Deste modo, e independentemente das opções políticas que possam ser adoptadas em cada momento, devemos ter sempre presente o que se dispõe na Constituição sobre qual deve ser o papel do Estado em matéria de intervenção económica. Com efeito, a Constituição funciona “(...) *como um limite da liberdade de decisão política e de conformação legislativa, definindo as respectivas fronteiras, que não podem ser ultrapassadas, e determinando o respectivo sentido, que não pode ser invertido ou desviado*” ⁽³⁴¹⁾.

Neste novo contexto, a pergunta que colocamos é, portanto, a de saber se haverá margem para defender a completa afirmação de um Estado Regulador à luz da redacção actual da nossa Constituição?

A questão é pertinente se tivermos em conta que a Constituição de 1976 remonta a um período particular da nossa democracia, sendo marcada, na sua versão inicial, por um forte pendor socialista e colectivista ⁽³⁴²⁾, que na altura já se mostrava em franca rotura com as correntes neoliberais que começavam a conquistar a Europa,

⁽³⁴⁰⁾ Entretanto, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de Julho, que procedeu à eliminação dos direitos especiais que o Estado detinha, enquanto accionista, na EDP — Energias de Portugal, S. A., na GALP Energia, SGPS, S. A. e na Portugal Telecom, SGPS, S. A., e bem assim das disposições dos diplomas relativos à respectiva privatização que estabelecem não ser aplicável ao Estado e às entidades a ele equiparadas a limitação da contagem de votos permitida pela alínea b) do n.º 2 do artigo 384.º do Código das Sociedades Comerciais, relativamente às acções a privatizar detidas em sociedades em processo de privatização.

⁽³⁴¹⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 942.

⁽³⁴²⁾ O qual se pode resumir da seguinte forma: “(g)arantiam-se as nacionalizações efectuadas, proibindo-se as privatizações, prescrevia-se a realização da reforma agrária, com expropriação dos latifúndios, previa-se que a “propriedade social” viesse a ser predominante, conferia-se grande relevo à “planificação democrática da economia”” (MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, “A Constituição Económica Depois da Segunda Revisão Constitucional”, *Revista de Direito Público*, ano 5, n.º 9, 1991, p. 11).

contemporâneas da crise do Estado Social. Na verdade, pode dizer-se que se assistiu mesmo a um certo desfasamento entre o texto constitucional que viria a ser formalmente aprovado em 2 de Abril de 1976 e aquela que era a realidade política, económica e social da época, inclusivamente em Portugal. Esta orientação inicial viria a ser, entretanto, atenuada com as sucessivas revisões de que a Constituição foi sendo objecto, o que não impede, no entanto, que a mesma continue a exercer, ainda que de forma remota, uma influência em relação ao modelo económico constitucional actual.

O nosso objectivo será, portanto, delimitar, a partir do texto constitucional, quais são as tarefas do Estado e em que medida as mesmas se mostram compatíveis com o modelo de Estado Regulador que temos vindo a descrever. Esta análise implica, igualmente, um exame do âmbito e respectivos limites da reserva do sector empresarial do Estado, nomeadamente questionando até que ponto esta reserva a favor do sector público põe em causa um modelo de intervenção indirecta do Estado na economia. Finalmente, será também importante esclarecer o sentido que o princípio da subsidiariedade da intervenção pública adquire, em concreto, no nosso ordenamento jurídico e de que forma o mesmo se articula com um novo paradigma de relação entre o Estado e a sociedade, característico do Estado Regulador.

5.1. Natureza e tarefas do Estado à luz da Constituição

A resposta à pergunta “*quais são as funções ou tarefas do Estado*” deve ser procurada, conforme referimos, antes de mais, na Constituição ⁽³⁴³⁾.

Deste modo, e limitando-nos, apenas, às funções em matéria económica e social, constitui tarefa fundamental do Estado “*promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais*” (artigo 9.º, alínea d) da Constituição).

⁽³⁴³⁾ De acordo com J. J. GOMES CANOTILHO, as determinações dos fins do Estado ou a definição das tarefas estaduais são preceitos constitucionais que contêm “normas programáticas”. Trata-se, portanto, de normas que configuram directivas materiais constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: “(i) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (ii) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (iii) como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos actos que as contrariem” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1982, p. 315).

Esta tarefa ou função é depois melhor concretizada na Parte II da Constituição, onde constam os princípios fundamentais em matéria de organização económica, também conhecida como constituição económica.

Antes de avançar, é preciso recordar que a constituição económica sofreu, ao longo dos mais de trinta anos de vigência que a Constituição de 1976 já leva, profundas alterações, sendo, porventura, a mais evidente a eliminação progressiva do cariz revolucionário, associado ao socialismo, de que a mesma se encontrava inicialmente impregnada ⁽³⁴⁴⁾. VITAL MOREIRA refere-se a este facto, ou seja, à circunstância de o texto da constituição económica mal reconhecer a sua versão originária, como a uma verdadeira “*mutação ou metamorfose constitucional*” ⁽³⁴⁵⁾.

Deste modo, e após sete revisões constitucionais, merecem ser hoje destacados como princípios fundamentais em matéria económica, em nossa opinião, essencialmente, o princípio da coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção (artigo 80.º, alínea b) da Constituição) e o princípio do pluralismo ou da economia mista (artigo 80.º, alínea c) da Constituição).

Em relação ao primeiro princípio, o mesmo desempenha um papel central na constituição económica, sendo inclusivamente um limite material de revisão constitucional (artigo 288.º, alínea f) da Constituição), significando isto, portanto, que nenhum destes sectores pode ser eliminado, sendo as formas de iniciativa económica limitadas apenas umas pelas outras. Isto não quer dizer, no entanto, “*(...) que em cada área de actividade económica tenha de haver bens de produção pertencentes aos referidos sectores, (significando) antes a garantia da possibilidade de acesso dos agentes privados, cooperativos e públicos a todas as áreas económicas que não estejam legalmente reservadas ao sector público*” ⁽³⁴⁶⁾.

O segundo princípio, que se encontra, de resto, ligado ao primeiro, reitera a existência dos três sectores de propriedade dos meios de produção, ao afirmar que estamos perante uma economia mista. Como sublinha JORGE MIRANDA, “*este pluralismo é um valor em si, e revela uma atitude positiva (e não de mera tolerância) perante os três grandes tipos de iniciativa e de propriedade*” ⁽³⁴⁷⁾.

⁽³⁴⁴⁾ Para uma análise da evolução destas alterações, fruto das sucessivas revisões constitucionais, veja-se VITAL MOREIRA, “A metamorfose da constituição económica”, Themis, ano 7, número especial, 2006, pp. 33 e segs..

⁽³⁴⁵⁾ Idem, p. 34.

⁽³⁴⁶⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, 4.ª edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 164.

⁽³⁴⁷⁾ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 521.

Não existem, portanto, dúvidas de que do modelo inicial de uma economia socialista ou de transição para o socialismo se avançou em direcção a um modelo de uma economia de mercado, no âmbito da qual se reconhece e garante, ao lado da iniciativa económica pública, a liberdade de iniciativa económica privada, para além de uma iniciativa cooperativa e autogestionária (artigo 61.º da Constituição). No modelo económico actual, a posição central pertence, aliás, à iniciativa económica privada, conforme teremos oportunidade de desenvolver melhor adiante ⁽³⁴⁸⁾.

Neste panorama constitucional, compete ao Estado, em termos de tarefas económico-sociais, promover o aumento do bem-estar social e económico, bem como da justiça social, assegurando as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (artigo 81.º, alíneas a) e b) da Constituição), incumbindo-lhe, igualmente, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir uma concorrência equilibrada entre os operadores económicos e a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral (artigo 81.º, alínea e) da Constituição). Compete-lhe ainda incentivar a actividade empresarial e fiscalizar o cumprimento das obrigações legais por parte das empresas privadas, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral (artigo 86.º, número 1 da Constituição).

A Constituição não esclarece, porém, de que forma ou através de que meios, o Estado deve levar a cabo as referidas tarefas. Ainda assim é possível retirar do texto constitucional algumas referências, nomeadamente relativas à utilização da política fiscal (impostos) para corrigir as desigualdades sociais (ligada, portanto, a objectivos de redistribuição da riqueza), à obrigatoriedade da existência de um sector público produtivo (intervenção directa pública) ⁽³⁴⁹⁾ e a uma intervenção reguladora (indirecta) do Estado em matéria de orientação e de controlo do mercado. A Constituição não parece mostrar, no entanto, nenhuma preferência em particular por qualquer uma destas formas de intervenção (exceptuando, naturalmente, o facto de se prever a obrigatoriedade da existência de um sector público produtivo).

⁽³⁴⁸⁾ Na opinião, aliás, de ANTÓNIO SOUSA FRANCO e de GUILHERME D' OLIVEIRA MARTINS *“(a) pesar de definido por exclusão de partes, o sector privado constituía, já na vigência da versão inicial da Constituição de 1976, o sector-regra da economia, em virtude de o peso significativo do sector público não pôr em causa uma organização económica multipolar, concorrencial e de mercado – na qual a livre iniciativa económica tendia a sobrepor-se ao dirigismo público e a contrariar uma tendência colectivizante”* (A Constituição Económica Portuguesa. *Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 344).

⁽³⁴⁹⁾ O sector público produtivo é constituído, nos termos do art. 82.º, n.º 2 da Constituição, pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas, sendo normalmente identificado (em termos organizatórios) com a figura da empresa pública.

Da análise do quadro geral que a nossa Constituição traça em relação ao papel do Estado e às formas da sua intervenção na actividade económica, podemos concluir assim que a Constituição não estabelece limites ao papel do Estado em matéria económica, antes pelo contrário. Com efeito, dos princípios estabelecidos no artigo 80.º, bem como das incumbências prioritárias do Estado enunciadas no artigo 81.º da Constituição resulta, antes, que o legislador constitucional deixou uma ampla margem de conformação política ao legislador ordinário.

A este propósito é, aliás, bastante elucidativo o Parecer n.º 13/80 da Comissão Constitucional, de 13 de Maio que, mesmo pronunciando-se sobre uma versão inicial da Constituição, já defendia que *“(...) a ordenação económica e social de cada momento é uma ordenação constitucionalmente possível, mas nunca será a única possível. Ela é sempre, pelo contrário, determinada em larguíssima medida pela vontade do legislador ordinário, bem como pelas valorações político-económicas e político-sociais que o norteiam e pelas decisões na base daquelas tomadas, de tal sorte que estas podem a todo o momento ser substituídas por outras”* ⁽³⁵⁰⁾.

Deste modo, à pergunta se a Constituição, na sua redacção actual e expurgada que está das marcas ideológicas e do cariz revolucionário que caracterizavam a sua versão original, permite a adopção política de um modelo de Estado Regulador, a resposta deverá ser, quanto a nós, afirmativa.

Com efeito, afastados que estão princípios como o da socialização dos meios de produção e da apropriação colectiva dos principais meios de produção que visavam, em última análise, o controlo pelo Estado de sectores de actividade que lhe permitissem uma intervenção directa no processo económico, a nossa Constituição mostra-se hoje permeável a um modelo em que o Estado deixa de ser jogador para passar a ser, essencialmente, o árbitro do jogo (que é o mercado).

No mesmo sentido, VITAL MOREIRA refere que a *“(...) a constituição económica hoje permite sem dúvida a desintervenção económica do Estado e a sua tendencial redução a um papel essencialmente regulador, no contexto de uma “economia de mercado regulada”*”, o que é diferente, porém, de concluir-se, como sublinha o mesmo Autor, e em nosso entendimento bem, que tal modelo é o modelo constitucional, como se fosse constitucionalmente imperativo ⁽³⁵¹⁾. Efectivamente, o único imperativo

⁽³⁵⁰⁾ *Pareceres da Comissão Constitucional*, volume 12.º, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1982, pp. 113-114. O referido Parecer foi proferido a propósito da apreciação da constitucionalidade do Decreto do Governo n.º 39-G/80 relativo a uma proposta de alteração da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, diploma que vedava à iniciativa privada o acesso a determinados sectores básicos da economia.

⁽³⁵¹⁾ VITAL MOREIRA, “A metamorfose da constituição económica”, op. cit., p. 46. Em sentido semelhante, ANTÓNIO CARLOS SANTOS et al. referem igualmente que a Constituição contempla expressamente a figura do Estado empresário e do Estado regulador *“(...) sem*

constitucional parece ser, neste momento, e até por causa da importância do modelo económico europeu, o da existência de um modelo de economia de mercado que, no caso português, assume ainda uma *coloração* especial por via da previsão, ao nível do texto da Constituição, do princípio da coexistência de três sectores de produção (público, privado e cooperativo) ⁽³⁵²⁾.

EDUARDO PAZ FERREIRA pronuncia-se também no sentido de que a regulação “(...) *não é incompatível com a actual constituição económica, antes parecendo conformar-se bem com a evolução no sentido de uma intervenção cada vez mais aligeirada da presença do Estado na economia, que tem vindo a ser definida em sucessivas revisões constitucionais*” ⁽³⁵³⁾. O Autor mostra-se, no entanto, contra o que designa por uma “(...) *tentativa de construção da figura de um Estado Regulador, que teria substituído o Estado intervencionista (...)*”, afirmando que “(...) *a regulação tem vindo a ganhar uma importância grande, mas tal não significa que o Estado tenha aberto totalmente mão de outros instrumentos de política económica relevante*” ⁽³⁵⁴⁾. Em nossa opinião, porém, o argumento contrário é tão ou mais válido, isto é, o facto de o Estado continuar a manter, nalguns casos, o seu papel de empresário não impede que se afirme, da mesma forma, a emergência (e consolidação) de um novo paradigma de Estado Regulador.

Resta-nos, assim, averiguar até que ponto a previsão constitucional da existência de um sector público, que privilegia, por natureza, uma forma de intervenção directa do Estado na economia, típica do modelo de Estado Social, coloca ou não em causa a completa afirmação de um modelo de Estado Regulador entre nós, conforme defendemos.

5.2. Reserva do sector empresarial do Estado

Conforme referimos no capítulo anterior, um dos princípios-chave da nossa constituição económica é o princípio da coexistência do sector público, do sector

prejuízo de a escolha entre o peso relativo de uma ou de outra ser deixada às políticas económicas dos governos ou das maiorias parlamentares” (*Direito Económico*, 6.^a edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011, p. 65).

⁽³⁵²⁾ VITAL MOREIRA fala a este propósito numa “economia social de mercado” que seria uma noção nascida na Alemanha e que caracteriza uma “*economia de mercado com uma vertente pública (sector público) e social (“terceiro sector”) e caracterizada também pelos mecanismos de protecção social típicos de um “Estado social” (direitos dos trabalhadores, direitos sociais, salvaguarda dos serviços públicos essenciais)*” (“A metamorfose da constituição económica”, op. cit., p. 39).

⁽³⁵³⁾ EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, Janeiro-Março, 2010, p. 43. Cfr. citação do mesmo Autor feita *supra*, nota de rodapé n.º 139.

⁽³⁵⁴⁾ *Ibidem*.

privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção (artigo 80.º, alínea b) da Constituição).

Em particular, e em relação ao sector público produtivo, o mesmo “(...) teve, no período que se seguiu ao 25 de Abril de 1974 e até 1988, um importante peso económico, político e social (sendo) constituído fundamentalmente pelas empresas directa e indirectamente nacionalizadas após aquela data (...)” ⁽³⁵⁵⁾. Este movimento só teve paralelo com idêntico movimento de nacionalizações que se viveu, na mesma época, em França. Ora, enquanto em Portugal (e em França) o sector público se encontrava em franca expansão, noutros países, nomeadamente em Inglaterra, a década de oitenta do século XX ficou marcada por um movimento de sentido inverso, encontrando-se em marcha um ambicioso processo de desmantelamento do sector público, à custa da privatização (nalguns casos, parcial, mas noutros total) de várias empresas públicas.

A importância que o sector público português usufruiu até finais da década de oitenta ficou a dever-se, no entanto, em grande parte, a dois princípios constitucionais que assumiam, no texto originário da Constituição, um papel central: o princípio da irreversibilidade das nacionalizações e o princípio da proibição do acesso do capital privado aos sectores básicos da economia. Pode, assim, dizer-se que, entre nós, a intervenção estadual pública se justificou em grande medida por “(...) um propósito ideológico, de imposição de um regime socialista”, mas igualmente por uma “(...) crença de que sendo prestados pelo Estado ou por outras entidades públicas os serviços satisfaziam em melhores condições os cidadãos, designadamente com preços mais baixos para os consumidores (não se tendo em conta os custos orçamentais para os contribuintes, com o ónus inevitável para os mais pobres sendo deficitários)” ⁽³⁵⁶⁾.

Estes princípios viriam a ser, entretanto, suprimidos ou atenuados nas revisões constitucionais de 1989 e de 1997. Com efeito, em 1989 eliminou-se do texto constitucional a referência à “irreversibilidade das nacionalizações” passando a permitir-se a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e de outros bens nacionalizados (actual artigo 296.º da Constituição que integrou o antigo artigo 85.º). Já em 1997, a existência de sectores vedados à

⁽³⁵⁵⁾ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, “A Constituição Económica Depois da Segunda Revisão Constitucional”, op. cit., p. 23. Para uma análise do processo das nacionalizações em Portugal veja-se MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, op. cit., pp. 187e segs..

⁽³⁵⁶⁾ MANUEL LOPES PORTO, “Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento”, *Revista de Direito Público e Regulação*, Julho, 2009, p. 105.

iniciativa económica privada passou a ser uma faculdade ao dispor do legislador ordinário, quando antes configurava um verdadeiro imperativo constitucional (actual artigo 86.º, número 3 da Constituição).

Estas duas revisões constitucionais irão possibilitar, assim, a abertura progressiva da economia portuguesa ao investimento privado, como o demonstra, aliás, o processo de privatizações iniciado em 1989. A principal consequência deste processo viria a ser a redução, em tamanho e em importância, do sector público, a qual foi acompanhada, em paralelo, por um amplo crescimento do sector privado.

A verdade é que, uma vez desaparecido, do texto constitucional, o princípio da irreversibilidade das nacionalizações e a exigência de vedação de sectores à iniciativa privada, a Constituição se bem que tenha continuado a obrigar à existência de um sector público, deixou de tomar posição quanto à sua dimensão ⁽³⁵⁷⁾.

Neste momento, portanto, a dimensão do sector público faz parte da margem política de conformação do legislador ordinário dependendo, em última análise, das maiorias parlamentares e dos programas mais ou menos intervencionistas, mais ou menos liberais, de cada governo.

Tendo em conta estas considerações, somos da opinião de que a previsão constitucional da existência de um sector público não é incompatível com um modelo de Estado Regulador. Com efeito, a existência de um sector público (empresarial) em nada se mostra incompatível com um modelo de Estado em que a função reguladora não só se autonomiza, como assume uma evidente predominância em relação a outras funções públicas, em particular a função produtiva.

Esta mesma conclusão é reforçada pela própria resposta que o Direito da União Europeia dá à questão de saber se as normas constitucionais relativas à propriedade dos meios de produção, ao planeamento económico e à intervenção estadual da economia, suscitam alguma objecção substancial quando confrontadas com os princípios estruturantes da economia europeia, em particular com o princípio do mercado aberto e o princípio da livre concorrência.

Com efeito, neste particular, concordamos com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA quando entendem que não existe qualquer incompatibilidade entre aquelas normas e os princípios da economia europeia, nomeadamente o princípio da neutralidade da União Europeia em relação ao regime de propriedade dos Estados-Membros (actual artigo 345.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

⁽³⁵⁷⁾ EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, p. 211.

(antigo artigo 295.º do Tratado CE)) ⁽³⁵⁸⁾; ponto é que o sector público produtivo (e as empresas públicas que o integram) esteja sujeito às mesmas obrigações a que se encontram submetidas as empresas privadas.

Já temos, no entanto, mais dúvidas sobre a compatibilidade da reserva do sector público constante do artigo 86.º, número 3 da Constituição ⁽³⁵⁹⁾ com o Direito da União Europeia.

Com efeito, não obstante o Direito da União Europeia não tomar partido sobre o regime de propriedade nos Estados-Membros, a verdade é que a referida reserva permite a existência de um monopólio legal (público), contrário aos ditames europeus de uma economia de mercado liberalizada e concorrencial.

A previsão deste exclusivo legal encontra-se hoje, no entanto, significativamente atenuada e isto por dois motivos. Por um lado, porque o âmbito desta reserva foi sendo progressivamente comprimido ⁽³⁶⁰⁾. Por outro lado, e este aspecto é, em nosso entender, o mais importante, porque após a revisão constitucional de 1997, a determinação dos sectores vedados à iniciativa privada passou a ser uma faculdade do legislador ordinário e não já um imperativo constitucional.

Daqui resultam, portanto, duas conclusões importantes: a primeira é a de que o núcleo de sectores actualmente reservado ao sector público é bastante restrito, tendo, aliás, essa reserva um âmbito substancialmente limitado ⁽³⁶¹⁾ e a segunda é a de que, no limite, o legislador pode optar por não incluir qualquer sector naquela reserva.

⁽³⁵⁸⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 954.

⁽³⁵⁹⁾ Refira-se, porém, que a doutrina não é unânime quanto ao sentido desta norma. Com efeito, embora a generalidade da doutrina portuguesa considere que estamos perante uma reserva a favor do sector público económico, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA entendem, em sentido diferente, que se é certo que a norma do art. 86.º, n.º 3 da Constituição prevê a possibilidade de actividades vedadas à iniciativa privada, “(...) *isso não é o mesmo que reservá-las ao sector público, não só porque existe o sector cooperativo e social mas também porque a racionalidade de uma e outra coisa pode ser assaz diferentes*” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 983). A verdade, porém, é que, na prática, a limitação de acesso, pelos privados, a determinados sectores económicos tem sido configurada, pela lei, como uma verdadeira reserva a favor do sector público.

⁽³⁶⁰⁾ Com efeito, a Lei n.º 46/77, de 8 de Julho que vedou a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza a actividade económica em determinados sectores considerados básicos foi sendo sucessivamente alterada num sentido cada vez mais restritivo, até ter sido revogada pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho (cfr. alterações aprovadas pelos Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de Novembro, Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro, Decreto-Lei n.º 339/91, de 10 de Setembro e Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro).

⁽³⁶¹⁾ De acordo com a Lei n.º 88-A/97, na redacção dada pela Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, permanecem como sectores vedados a captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e a recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas multimunicipais e municipais; os transportes ferroviários explorados em regime de serviço público e a exploração de portos marítimos. Admite-se, no entanto, a possibilidade destes serviços poderem ser concessionados a entidades privadas, com a particularidade de no caso da actividade de captação, tratamento e distribuição de água, recolha, tratamento e

Deste modo, e considerando estes dois aspectos, somos forçados a concluir que a referida reserva a favor do sector público não deve ser considerada contrária ao Direito da União Europeia, não se mostrando, da mesma forma, incompatível com a afirmação de um modelo de Estado Regulador, em que o Estado assume, fundamentalmente, um papel de agente externo em vez de agente de mercado (típico do modelo de Estado empresário, característico do modelo de Estado Social).

A nossa conclusão final é, portanto, no sentido de que o actual texto constitucional e não obstante a manutenção da referência, que diríamos histórica, no preâmbulo da Constituição, à transição para uma “sociedade socialista”, se mostra suficientemente flexível quanto ao modelo de intervenção económica que o Estado pode assumir em concreto. Assim sendo, e não obstante a previsão constitucional da existência de um sector público produtivo, nada impede que as tarefas fundamentais que a Constituição atribui ao Estado em termos económico-sociais sejam, hoje, essencialmente, cumpridas de forma indirecta, ou seja, através da orientação e da fiscalização da actuação dos agentes do mercado, assegurando o respeito pelos direitos fundamentais dos particulares, no quadro de uma economia de mercado.

5.3. O princípio da subsidiariedade da intervenção económica pública

A doutrina portuguesa é praticamente unânime a afirmar que não existe, entre nós, um princípio constitucional da subsidiariedade da intervenção económica pública ⁽³⁶²⁾.

Com efeito, ao contrário da Constituição de 1933, que continha uma norma, o artigo 34.º, da qual decorria que a iniciativa económica pública só se justificaria na área dos serviços essenciais, tendo, nesse caso, de se justificar sempre caso a caso ⁽³⁶³⁾, a Constituição de 1976 apenas consagra, de forma expressa, o princípio da

rejeição de águas residuais urbanas e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos as mesmas só poderem ser atribuídas a empresas cujo capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do sector público.

⁽³⁶²⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, op. cit., p. 162, J. SÉRVULO CORREIA, “Portugal” in AAVV, *Droit Administratif et Subsidiarité*, Centres d’Études Constitutionnelles et Administratives, ROBERT ANDERSEN / DIANE DÉOM (direcção) Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 236, VITAL MOREIRA, “A metamorfose da constituição económica”, op. cit., p. 45, ANTÓNIO CARLOS SANTOS et al., *Direito Económico*, op. cit., p. 52.

⁽³⁶³⁾ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, op. cit., p. 162. De acordo com o disposto no art. 34.º da Constituição de 1933 (redacção dada pela Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto):

“O Estado só poderá tomar a seu cargo, em regime de exclusivo ou não, actividades económicas de primacial interesse colectivo e intervir na gerência das actividades económicas particulares quando haja de financiá-las ou para conseguir benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção.

subsidiariedade em matéria de relações de competência entre a União Europeia e o Estado Português ⁽³⁶⁴⁾ e em matéria de organização administrativa interna ⁽³⁶⁵⁾.

Neste quadro constitucional, destaca-se a posição de PAULO OTERO que, embora admitindo que a actual versão da Constituição de 1976 não contém uma disposição que afirme expressamente a subsidiariedade do Estado como princípio fundamental da organização económica, entende que o mesmo se pode deduzir de um conjunto de disposições do texto constitucional, o que leva o Autor a defender o reconhecimento implícito, no texto constitucional, do princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado sobre a sociedade civil ⁽³⁶⁶⁾.

De acordo com aquele Autor, a consagração constitucional implícita deste princípio decorreria, desde logo, do princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, mas igualmente dos princípios da liberdade de iniciativa e de organização empresarial e do próprio princípio da subsidiariedade ao nível da organização administrativa. Em relação a este último princípio, o Autor argumenta que “(...) *se em matéria organizativa e funcional ao nível das suas relações com outras entidades públicas o Estado deve respeitar o princípio da subsidiariedade, por identidade de razão, senão mesmo por maioria de razão, o Estado deve nas suas relações com a sociedade civil, designadamente em termos económicos, pautar-se por um princípio de subsidiariedade de intervenção*” ⁽³⁶⁷⁾.

Será, no entanto, que o facto de a actual Constituição não conter uma norma com um conteúdo semelhante ao do artigo 34.º da Constituição de 1933 impede a

§ único. Ficam igualmente sujeitas à condição prevista na última parte deste artigo as explorações de fim lucrativo do Estado, ainda que trabalhem em regime de livre concorrência.”

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. art. 7.º, n.º 6, da Constituição, na redacção dada pela Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, de acordo com o qual “*Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia*”.

⁽³⁶⁵⁾ De acordo como art. 6.º, n.º 1 da Constituição, na redacção dada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, “*(o) Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública*”.

⁽³⁶⁶⁾ PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, op. cit., p. 38. Secundando esta opinião, MARIA LUÍSA DUARTE, “A Constituição Portuguesa e o princípio da subsidiariedade – da positivização à sua concreta aplicação”, in MARIA LUISA DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias. Direito Comunitário Institucional. União Europeia e Constituição. Direito Comunitário Material*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 109.

⁽³⁶⁷⁾ PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, op. cit., p. 37.

completa afirmação de um modelo de Estado Regulador que assenta, precisamente, no princípio da subsidiariedade da intervenção pública económica?

A resposta deve ser, em nossa opinião, negativa.

Desde logo, como sublinha MANUEL AFONSO VAZ, opinião com a qual concordamos, o facto de o princípio da subsidiariedade não vigorar como regra constitucional, não significa, no entanto, que o mesmo não possa ser adoptado ao nível ordinário de execução de uma política governamental ⁽³⁶⁸⁾.

Neste mesmo sentido, aponta, aliás, o que escrevemos acima sobre o facto de, em face da actual redacção da Constituição e com a eliminação, entretanto, do princípio da irreversibilidade das nacionalizações e do imperativo constitucional da vedação de sectores à iniciativa privada, a dimensão do sector público produtivo ter passado a integrar a margem política de conformação do legislador ordinário ⁽³⁶⁹⁾. Quer isto dizer, portanto, que a circunstância de a nossa Constituição prever, expressamente, enquanto um dos seus princípios fundamentais, a coexistência de três sectores produtivos (público, privado e cooperativo), não constitui, no entanto, em si mesmo, qualquer limite à possibilidade de o legislador ordinário decidir, em concreto, sobre o peso e importância relativa de cada um desses sectores. Continuando a citar MANUEL AFONSO VAZ, diremos com este Autor que, no actual quadro constitucional, o princípio da compatibilidade entre as iniciativas económicas privada e pública, no âmbito económico não reservado ao sector público, não significa equilíbrio entre a iniciativa privada e pública, mas apenas possibilidade de opção ⁽³⁷⁰⁾.

Assim, é nosso entendimento que a Constituição de 1976 se bem que não acolha expressamente o princípio da subsidiariedade, a verdade é que também não impede que a intervenção directa do Estado (através do seu sector público produtivo e designadamente do seu sector empresarial) se limite apenas ao necessário quer para assegurar o bem-estar geral, quer para substituir a intervenção económica privada naquelas situações em que esta se revela menos eficiente do que a intervenção económica pública. Com efeito, a iniciativa pública, se bem que não esteja limitada à

⁽³⁶⁸⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, op. cit., nota de rodapé n.º 2, p. 163. Neste sentido, veja-se, aliás, o disposto no art. 4.º, al. f) da Lei n.º 43/91, de 27 de Julho, que aprova a Lei-Quadro do Planeamento, segundo o qual, um dos princípios de elaboração dos planos é, precisamente, o da “*supletividade de intervenção do Estado face ao livre funcionamento da iniciativa privada e de mercados abertos e concorrenciais*”.

⁽³⁶⁹⁾ Como sublinham, aliás, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “(a) *Constituição não impõe soluções rígidas às forças políticas em cada momento dominantes, consentindo – em coerência com a consagração do princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático (art. 80.º, al. d)) – diversificadas alternativas na conformação concreta da actividade económica*” (*A Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 34).

⁽³⁷⁰⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, op. cit., p. 163.

partida, deve ser, no entanto, sempre exercida no quadro de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, até por causa do particular contexto em que nos encontramos, de integração da União Europeia ⁽³⁷¹⁾.

Deste modo, o único imperativo que a Constituição estabelece é que essa intervenção exista, não tomando, porém, partido sobre os sectores em que o Estado deve intervir ou sobre o âmbito dessa intervenção.

Ora, conforme já tivemos oportunidade de referir e voltamos agora a repetir, o modelo de Estado Regulador não afasta, em absoluto, a possibilidade de o Estado actuar, em certas situações, como empresário; o que reduz é essa intervenção directa ao mínimo necessário, dando primazia à iniciativa económica privada e à intervenção pública indirecta nos mercados. Aliás, e como também mencionámos acima, o próprio Direito da União Europeia não se mostra contrário à existência de um sector público produtivo nos Estados-Membros, como, de resto, acontece em vários casos, exigindo, no entanto, uma separação funcional entre a função produtiva e a função regulatória.

O problema reside, portanto, em nossa opinião, no facto de o princípio da subsidiariedade da intervenção económica pública ser, regra geral, interpretado num sentido limitativo ou redutor ⁽³⁷²⁾. De acordo com este sentido poderia parecer, de facto, pelo menos à primeira vista, incompatível com a afirmação do princípio da subsidiariedade o reconhecimento explícito, no texto da Constituição, de uma intervenção pública (e em particular de uma iniciativa económica pública). Já vimos, no entanto, que não é assim.

Com efeito, o princípio, na sua vertente funcional, tem duas dimensões, conforme também referimos atrás ⁽³⁷³⁾: a subsidiariedade em sentido estrito (ou supletividade) e a complementaridade.

Deste modo, se de acordo com a primeira dimensão, o princípio reduz a intervenção directa do Estado na actividade económica a uma intervenção supletiva (por natureza limitada), reservando o papel principal para a intervenção privada directa, o mesmo já não se passa em relação à sua intervenção indirecta nos mercados.

Com efeito, de acordo com esta segunda dimensão, a intervenção do Estado, ainda que subsidiária (visto que a intervenção directa pertence, em primeira linha, aos

⁽³⁷¹⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 34.

⁽³⁷²⁾ Num sentido próximo, MARIA LUÍSA DUARTE afirma que a dimensão habilitadora da subsidiariedade (em que esta emerge como um *critério de conformação pragmática da intervenção estadual*) é muitas vezes esquecida em benefício de uma análise que sobrevaloriza a sua dimensão limitadora, em que esta é vista, sobretudo, como um critério abstracto de proibição ou mesmo de limitação de uma opção pela gestão pública do interesse geral (MARIA LUÍSA DUARTE, “A Constituição Portuguesa e o princípio da subsidiariedade – da positivização à sua concreta aplicação”, op. cit., p. 109).

⁽³⁷³⁾ Cfr. capítulo 3.3.3..

operadores privados) é uma intervenção complementar da intervenção privada, tão ou mais importante do que aquela.

Efectivamente, conforme escrevemos também acima, não só o mercado não existe sem o Estado, como o Estado precisa do mercado. Esta afirmação é especialmente importante num cenário de liberalização e de privatização dos tradicionais serviços públicos, em que a intervenção reguladora pública se revela fundamental de modo a garantir, num contexto de mercado e em que a maioria dos operadores é privada, a regularidade e a continuidade, bem como a qualidade dos serviços prestados, os quais são essenciais para a colectividade.

Assim, quando se estabelece no artigo 81.º, alínea e) da Constituição, que incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, *“assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*, é esta forma de intervenção que está aqui em causa.

A afirmação desta missão tem duas consequências: por um lado, assume-se que o mercado é a instituição central no modelo económico constitucional e, por outro lado, torna-se claro que as empresas públicas e as empresas privadas devem agir em condições de igualdade e de livre concorrência. Ao Estado cabe, assim, o importante papel de organizar, garantir e defender o mercado, compondo os diversos interesses em presença, limitando ou condicionando a actividade económica sempre que tal se mostre necessário ⁽³⁷⁴⁾.

Chegados aqui, a questão que devemos colocar é a de saber qual a aplicação prática que o princípio da subsidiariedade, nas suas duas dimensões, tem tido entre nós. Com efeito, uma coisa é a sua formulação teórica, outra é a realidade.

No sector dos tradicionais serviços públicos de carácter económico, e após a fase de crescimento exponencial do sector público que marcou a década de oitenta e em que a maior parte dos prestadores destes serviços (energia, telecomunicações, serviços postais e transportes ferroviários) integrava o sector empresarial do Estado, exercendo a sua actividade em regime de monopólio, assistiu-se, durante a década de noventa, a um processo de sentido inverso.

Com efeito, o programa de privatizações (e de reprivatizações) iniciado na década de noventa do século passado determinou a alienação progressiva das participações sociais detidas pelo Estado nestas empresas a favor de entidades

⁽³⁷⁴⁾ Neste sentido, veja-se o art. 86.º, n.º 1 da Constituição, nos termos do qual *“o Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral”*.

privadas ⁽³⁷⁵⁾. Simultaneamente, estes sectores, que tradicionalmente se encontravam reservados ao sector público ⁽³⁷⁶⁾, foram sendo também progressivamente liberalizados. Assistiu-se, assim, a uma “despublicatio” de grande parte destas actividades, que passaram a ser consideradas actividades privadas e, consequentemente, a poder ser exercidas quer através da iniciativa económica pública, quer da iniciativa económica privada.

Neste momento, ainda encontramos, no nosso país, uma presença pública (nalguns casos, minoritária, noutros ainda maioritária) em alguns dos operadores que exercem estas actividades ⁽³⁷⁷⁾.

Estas participações públicas tendem a ser, no entanto, reduzidas ou mesmo eliminadas, de acordo com o previsto no Programa do XIX Governo Constitucional. Por outro lado, a par de sectores completamente liberalizados (como é o caso das comunicações electrónicas, da electricidade e do gás natural), ainda existem sectores que não se encontram completamente abertos à iniciativa privada (caso do sector dos transportes ferroviários) ⁽³⁷⁸⁾. A tendência será igualmente, de acordo com o Programa do XIX Governo Constitucional, não só no sentido de reforçar a liberalização nos sectores já “abertos” ao mercado, como também de aprofundar a liberalização dos sectores ainda parcialmente vedados à iniciativa privada.

Deparamo-nos, portanto, neste contexto, perante um “misto” ainda de Estado Empresário e do Estado Regulador que se traduz num duplo controlo: através da intervenção pública directa (nomeadamente através de empresas públicas) em actividades que constituem monopólios naturais ou simplesmente monopólios e

⁽³⁷⁵⁾ A primeira fase de privatização da Portugal Telecom, SA data de 1995 (cfr. Decreto-Lei n.º 44/95, de 22 de Fevereiro e Resolução do Conselho de Ministros n.º 43-A/95, de 27 de Abril), enquanto a da EDP, SA foi iniciada em 1997 (cfr. Decreto-Lei n.º 78-A/97, de 7 de Abril) e a da Galp Energia, SA em 1999 (cfr. Decreto-Lei n.º 261-A/99, de 7 de Julho, regulamentado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 140-A/99, de 20 de Novembro).

⁽³⁷⁶⁾ Na versão inicial da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, o leque de actividades vedadas, em absoluto, a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza era bastante extenso, incluindo o acesso às actividades bancária e seguradora, produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, produção e distribuição de gás, captação, tratamento e distribuição de água, saneamento básico, comunicações por via postal, telefónica e telegráfica, transportes aéreos regulares e ferroviários e cimentos.

⁽³⁷⁷⁾ Em Fevereiro de 2013, o Estado continuava a deter, de forma directa ou indirecta, uma participação de 7% no capital social da Portugal Telecom, uma participação de 11% do capital da REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, SA, uma participação de cerca de 8% do capital da Galp Energia e 100% do capital social dos CTT – Correios de Portugal, SA, da CP - Comboios de Portugal, E.P.E. e da Rede Ferroviária Nacional - REFER, EPE.

⁽³⁷⁸⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 361. Nestes casos, os operadores têm de ser maioritariamente públicos (salvo nas hipóteses legalmente previstas de concessões a privados). Veja-se, aliás, o disposto no art. 2.º da Lei Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril), na redacção dada pela Lei n.º 50/2011, de 13 de Setembro, nos termos do qual “*o capital das empresas a que se refere o n.º 3 do artigo 86.º da Constituição e que exerçam a sua actividade principal em alguma das áreas económicas definidas na lei só pode ser privatizado até 49 %*”.

através da regulação do mercado, nos casos em que este existe (a qual é levada a cabo, cada vez mais, por autoridades reguladoras independentes).

Não temos dúvidas, no entanto, de que a orientação em curso aponta claramente no sentido da completa afirmação do paradigma de um Estado Regulador e do reconhecimento (ainda que infra-constitucional) do princípio da subsidiariedade da intervenção pública, com a consequente redução, ou mesmo desaparecimento, da intervenção pública (directa) nos tradicionais serviços públicos económicos, sendo a mesma substituída pela iniciativa privada, ao mesmo tempo que dá lugar ao aparecimento de uma diferente forma de intervenção pública (indirecta) na actividade económica, com tudo o que isso traz consigo: a regulação ⁽³⁷⁹⁾.

⁽³⁷⁹⁾ Pode ler-se, aliás, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 106-A/2011, de 26 de Outubro, que aprovou a 8.ª fase do processo de reprivatização do capital social da EDP – Energias de Portugal, SA que *“(C)om a concretização desta operação de reprivatização, o Estado pode deixar de deter qualquer participação directa ou indirecta no capital social da EDP, mantendo-se, todavia, o reconhecimento do relevante interesse público associado às actividades do sector energético prosseguidas pelas empresas do grupo EDP. Esta opção justifica-se, sobretudo por existirem diferentes instrumentos jurídicos que permitem ao Estado exercer a sua função reguladora e de supervisão sobre o funcionamento do sector, não se afigurando, por isso, imprescindível manter uma posição accionista para assegurar a protecção do referido interesse público, o qual se procurará sempre salvaguardar”*.

6. Sinais de convergência entre sistemas administrativos

A descrição que fizemos nos capítulos anteriores sobre a evolução recente dos modelos de intervenção do Estado na economia, primeiro na Europa e depois nos Estados Unidos, permite-nos chegar a uma primeira conclusão: a de que nos encontramos na Europa, e em concreto em Portugal, no início do século XXI, perante um modelo de Estado que apresenta muitas características em comum com o modelo de Estado Regulador americano.

Este facto que se explica por diversos motivos (económicos, políticos, sociais e até culturais ⁽³⁸⁰⁾), encontra, no entanto, nos movimentos de liberalização e de privatização da maior parte das economias europeias, difundidos no final do século passado, a sua justificação mais evidente.

Esta aproximação ao nível das políticas tem, naturalmente, consequências não apenas ao nível da aproximação do modelo (administrativo) de Estado, mas, também, e sobretudo, do ramo de direito responsável pela sua execução: o Direito Administrativo.

Semelhante afirmação, se bem que para nós seja evidente, pode causar, porém, alguma *estranheza*. E a razão é simples. Com efeito, apesar das evidências (dizemos nós), ainda são muitos, no entanto, os que, deste lado do Atlântico, põem em causa a existência deste ramo de direito nos sistemas de *common law*, designadamente em países como os Estados Unidos ou Inglaterra.

A razão de ser desta dúvida tem, por certo, as suas raízes mais remotas na obra do conhecido jurista inglês DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publicada em 1885, onde este, de forma peremptória, negava a existência, no sistema de *common law*, de um *Droit Administratif*, pelo menos no sentido em que o mesmo era entendido naquela época no sistema jurídico continental, nomeadamente em França.

Fossem quais fossem as razões que levaram DICEY a defender semelhante tese e que haveriam de influenciar irremediavelmente a maneira como os juristas continentais sempre olharam para o sistema administrativo anglo-saxónico, a verdade é que esta tese, ao contrário do que normalmente se pensa, esteve longe de reunir

⁽³⁸⁰⁾ WOLFGANG WIEGAND sintetiza todos estes motivos numa constatação, com a qual tendemos a concordar, e que é a de que a posição de liderança dos Estados Unidos no campo da investigação e da ciência, conduz de forma activa a uma situação em que o pensamento jurídico americano se assume como iniciador de um movimento de *legal change*. De acordo com o Autor, o resultado desta posição de liderança seria, portanto, o de que quase todas as novas questões jurídicas acabam por ser discutidas em primeiro lugar nos Estados Unidos, uma vez que são aí colocadas antes do que em qualquer outro lugar (cfr. "The reception of the American law in Europe", *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, p. 245).

consenso entre os próprios juristas da *common law*. GOODNOW contraria, por exemplo, esta ideia, ao escrever, em 1905, que “*pode dizer-se com relativa segurança que o direito administrativo, usando as palavras no seu sentido próprio, tem de existir em todos os países que tenham algum desenvolvimento político digno desse nome*”⁽³⁸¹⁾.

Que o Direito Administrativo, enquanto ramo de direito que rege o exercício do poder executivo pela Administração, existe hoje nos sistemas da *common law*, e em particular no sistema jurídico norte-americano, é uma realidade que, para o jurista mais atento, já não merece qualquer contestação⁽³⁸²⁾.

Existem, porém, diferenças, que diríamos naturais, entre o Direito Administrativo dos sistemas de inspiração franco-germânica e o Direito Administrativo do sistema anglo-americano. Diferenças essas que encontram a sua explicação não só na diferente matriz de cada um destes sistemas, mas, sobretudo, na distinta forma de ver o Estado e o poder executivo e que em parte podem ser compreendidas no contexto da análise que empreendemos nos capítulos anteriores.

Deste modo, e concentrando-nos agora apenas no Direito Administrativo americano⁽³⁸³⁾, este é “*em larga medida, o produto das tentativas do governo federal de regular empresas privadas através da criação de agências administrativas federais e de procedimentos administrativos destinados a controlar e a legitimar o poder das agências*”⁽³⁸⁴⁾.

Assim, partindo do modelo de Estado Regulador, o Direito Administrativo americano tem procurado dar resposta, sobretudo, a três questões: (i) quais os

⁽³⁸¹⁾ FRANK GOODNOW, *The Principles of Administrative Law of the United States*, The Knickerbocker Press, G. P. Putnam's Sons, New York/London, 1905, p. 3.

⁽³⁸²⁾ Basta atentar, aliás, na quantidade de monografias e de artigos escritos nesta área, para além do número de revistas especializadas que são actualmente publicadas quer nos Estados Unidos, quer em Inglaterra. Em termos propositadamente gerais, vejam-se alguns dos principais manuais de Direito Administrativo publicados nos últimos anos nestes dois países: nos Estados Unidos merecem especial referência, entre tantos outros, os manuais de BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law. A Casebook*, 4.^a edição, Little, Brown and Company, Boston, 1994, STEPHEN BREYER, et. al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, op. cit., WILLIAM F. FOX, *Understanding Administrative Law*, 5.^a edição, LexisNexis, Newark, 2008 e JERRY L. MASHAW et al., *Administrative Law. The American Public Law System*, 6.^a edição, Thomson/West, St. Paul, MN, 2009; em Inglaterra, podem consultar-se os manuais de PAUL CRAIG, *Administrative Law*, 6.^a edição, Sweet & Maxwell, London, 2008, WILLIAM WADE / CHRISTOPHER FORSYTH, *Administrative Law*, 10.^a edição, Oxford University Press, Oxford, 2009 e CAROL HARLOW / RICHARD RAWLINGS, *Law and Administration*, 3.^a edição, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁽³⁸³⁾ Apesar de pertencerem à mesma família jurídica e cultural (*common law*), o Direito Administrativo americano haveria de seguir, no entanto, um caminho próprio, apresentando, por isso, características específicas que o individualizam relativamente ao Direito Administrativo inglês.

⁽³⁸⁴⁾ ALFRED C. AMAN Jr., “Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volume 10, 2003, p. 125.

poderes das agências administrativas ⁽³⁸⁵⁾; (ii) quais os limites impostos por lei ao exercício desses poderes e (iii) quais as formas de reagir à ocorrência de uma violação desses limites ⁽³⁸⁶⁾.

A doutrina administrativa norte-americana tem direccionado, assim, a sua atenção, especialmente, para os temas relacionados com o princípio da separação de poderes e a doutrina da delegação de poderes, nomeadamente analisando de que forma a actividade das agências é condicionada pelo Congresso e pelo Presidente; para o procedimento de adopção de regras jurídicas (*rulemaking*) e de tomada de decisões concretas (*adjudication*) pelas agências; e para as formas de fiscalização que os Tribunais têm ao seu dispor para controlar a actividade das agências (*judicial review*).

Trata-se de uma concepção diferente de Direito Administrativo, que se distingue da concepção adoptada nos sistemas administrativos continentais ⁽³⁸⁷⁾, o que se explica também, em parte, pela influência que outras ciências sociais, como a economia, a ciência política e a ciência da administração desempenham no *Administrative Law* americano, permitindo, desde logo, uma abordagem interdisciplinar dos seus principais problemas. Por outro lado, não existem dúvidas de que o Direito Administrativo americano, em virtude da relevância que o princípio da separação de poderes assume naquele ordenamento jurídico, é bastante mais politizado do que o Direito Administrativo da tradição europeia continental.

O aspecto que merece, no entanto, quanto a nós, ser devidamente sublinhado é o facto de na base do Direito Administrativo americano se encontrar a regulação, enquanto função por excelência do Estado americano.

Neste contexto, não será, portanto, de estranhar que o Direito Administrativo nos Estados Unidos tenha estado sempre intimamente ligado ao estudo da regulação pública, e em concreto, às questões de “*porquê regular*” e de “*quem regula*”, não existindo uma verdadeira autonomia entre Direito da Regulação e Direito Administrativo.

Deste modo, e num momento em que se assiste, tanto na Europa como em Portugal, ao aparecimento de um modelo de Estado Regulador, é natural que se olhe

⁽³⁸⁵⁾ Sobre este conceito, cfr. nota de rodapé n.º 311.

⁽³⁸⁶⁾ Cfr. BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law. A Casebook*, op. cit., p. 5.

⁽³⁸⁷⁾ Em que o conceito de Direito Administrativo tem sido forjado, sobretudo, a partir da distinção entre Direito Público e Direito Privado. Para uma análise do conceito de Direito Administrativo nos sistemas administrativos franco-germânicos de acordo com a teoria dos fins, a teoria dos sujeitos e a teoria dos meios, veja-se FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em especial, pp. 327-335.

para o outro lado do Atlântico em busca de soluções jurídicas para problemas semelhantes.

Não se trata, aliás, de um fenómeno novo nem tão pouco desconhecido.

Com efeito, são vários os Autores a mencionar a existência, sobretudo ao nível do Direito Privado, de uma aproximação quer da *common law* à *civil law*, quer no sentido inverso. H. PATRICK GLENN descreve, por exemplo, a aproximação, no início da década de noventa do século XX, do direito substancial da *common law* ao direito continental, dando disso diversos exemplos ⁽³⁸⁸⁾. Já WOLFGANG WIEGAND fala, na mesma época, na existência de uma “americanização” de certas áreas do direito europeu privado, nomeadamente na área do direito comercial, do direito da banca e dos seguros, do direito do consumo, entre outros ⁽³⁸⁹⁾. No mesmo sentido, mas de forma bastante crítica, UGO MATTEI refere-se a uma hegemonia do direito norte-americano no início deste século, não sem notar, porém, a existência de uma influência europeia na implementação do sistema jurídico americano, a qual teria resultado, em sua opinião, de uma “exageration” de certas características de alguns sistemas europeus ⁽³⁹⁰⁾.

No campo do Direito Público, MARTIN SHAPIRO, analisando em 1996 o ordenamento jurídico americano e o ordenamento jurídico da Comunidade Europeia, vaticinava, naquela altura, uma eventual influência que a experiência norte-americana, nomeadamente em matéria de aplicação e interpretação do *Administrative Procedure Act*, poderia desempenhar ao nível da Comunidade Europeia e da actividade dos tribunais comunitários ⁽³⁹¹⁾.

Em especial e no que toca ao Direito Administrativo, já nos referimos no capítulo 3.1. *supra*, ao papel decisivo que o Direito Comunitário e o Direito da União Europeia mais recentemente têm desempenhado na aproximação dos diversos direitos administrativos nacionais dos Estados-Membros, sempre indiferentes às diferenças entre sistemas jurídicos ⁽³⁹²⁾.

⁽³⁸⁸⁾ H. PATRICK GLENN, “La civilization de la common law”, *Revue internationale de droit comparé*, 1993 (3), em especial pp. 567 e segs..

⁽³⁸⁹⁾ WOLFGANG WIEGAND, “The reception of the American law in Europe”, *op. cit.*, pp. 229 e segs..

⁽³⁹⁰⁾ UGO MATTEI, “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volume 10, 2003, em especial pp. 389-391.

⁽³⁹¹⁾ MARTIN SHAPIRO, “Codification of Administrative Law: The US and The Union”, *European Law Journal*, volume 2 (1), 1996, pp. 26 e segs..

⁽³⁹²⁾ No mesmo sentido, FAUSTO DE QUADROS sublinha que o “*trabalho de reelaboração dos Direitos Administrativos nacionais através do Direito Comunitário (...) tem produzido o importante resultado de aproximar os sistemas administrativos nacionais dos Estados membros entre si e, num plano mais geral, o de aproximar as Ordens Jurídicas de matriz românica e as do “common law”*” (*A Nova Dimensão do Direito Administrativo – o Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*, *op. cit.*, p. 19).

Esta aproximação acaba, aliás, por provar que a própria ideia tradicional que via no Direito Administrativo um direito “nacional” deve também ser ultrapassada. Como sublinha TIM KOOPMANS, *“o trabalho do “laboratório europeu” tem efectivamente demonstrado, de forma convincente, que a evolução do direito administrativo não se encontra necessariamente ligada a sistemas jurídicos nacionais ou administrativos”* ⁽³⁹³⁾.

Em sentido diferente, há quem entenda, porém, que *“uma vez que nos afastemos das regras e dos conceitos, deixa de ser assim tão evidente a existência de uma convergência entre os mundos da civil law e da common law”* ⁽³⁹⁴⁾. Deste modo, na opinião de LEGRAND, se se fizer uma análise mais profunda em termos de “legal mentalities”, chega-se à conclusão de que os sistemas jurídicos, apesar da sua proximidade no seio da Comunidade Europeia, *“não têm estado a convergir, não estão a convergir, nem irão convergir”* ⁽³⁹⁵⁾.

Esta não é, no entanto, a nossa opinião. A nossa tese é, precisamente, a de que se verifica uma efectiva convergência entre o sistema administrativo continental e o sistema administrativo anglo-americano.

Esta convergência não é, contudo, absoluta, nem sequer total.

Com efeito, por um lado essa convergência não se verifica em todas as áreas do Direito Administrativo (a nós interessa-nos, apenas, a convergência verificada ao nível da regulação dos tradicionais serviços públicos ou das *public utilities*); por outro lado, a referida convergência está longe de implicar o desaparecimento do sistema administrativo de matriz continental. O que se verifica, sim, é uma adaptação do Direito Administrativo de matriz continental às influências provenientes, sobretudo, do *Administrative Law* americano.

A tese que defendemos assenta, deste modo, em duas premissas que embora não sendo completamente originais, quando combinadas conduzem a uma conclusão singular, pelo menos, no campo do Direito Administrativo português.

A primeira premissa é a de que o Direito Administrativo, apesar de se encontrar estreitamente ligado a uma concepção concreta (nacional) do que é o Estado e de quais são as suas funções, é permeável a influências externas ⁽³⁹⁶⁾. O fenómeno de

⁽³⁹³⁾ TIM KOOPMANS, “Globalisation of Administrative Law – The European Experience”, in AAVV, *Values in Global Administrative Law*, GORDON ANTHONY et al. (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 395.

⁽³⁹⁴⁾ P. LEGRAND, “European Legal Systems are not converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, volume 45, 1996, pp. 52 e segs., com citação de doutrina no mesmo sentido.

⁽³⁹⁵⁾ Idem, pp. 61-62.

⁽³⁹⁶⁾ FABRICE MELLERAY refere-se, aliás, a propósito da existência de vários exemplos de imitação, pelo Direito Administrativo francês, de modelos estrangeiros, a uma *“liberalização do*

europização do Direito Administrativo, mencionado atrás, é disso, aliás, um bom exemplo.

A segunda premissa assenta, por sua vez, na constatação de uma aproximação entre os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*.

Ora, se estas duas premissas em si nada contêm de novo, o mesmo já não se poderá dizer da principal consequência jurídica que em nosso entender se deve retirar das políticas de liberalização e de privatização de sectores-chave da economia europeia e que é a de que estas políticas têm contribuído para uma convergência (nesta exacta direcção) dos sistemas administrativos de matriz franco-alemã em relação aos sistemas administrativos anglo-americanos.

E esta é, para nós, a grande novidade do Direito Administrativo de tradição continental (como é o caso do Direito Administrativo Português) no início do século XXI, ou seja, a de que a sua evolução recente pode ser explicada, em grande parte, como o resultado de influências que chegam de sistemas jurídicos onde até há bem pouco tempo se questionava inclusivamente se existiria semelhante ramo de Direito.

Esta aproximação deve ser entendida, por sua vez, no contexto de uma aproximação tão ou mais interessante entre modelos de Estado. Com efeito, depois de dois séculos a rumar em direcções opostas, parece que dos dois lados do Atlântico se chegou a um relativo consenso sobre o papel que o Estado deve assumir na sua relação com a sociedade e com o mercado, nomeadamente em relação à prestação de serviços económicos essenciais.

Não restam, portanto, dúvidas de que apesar das diferentes tradições culturais e jurídicas que separam os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, o Direito Administrativo continental tem sido fortemente influenciado pelo *Administrative Law* de países como os Estados Unidos e a Inglaterra, sendo, em muitos casos, o Direito Europeu o veículo facilitador dessa aproximação (aliás, como tem acontecido também com outros ramos do Direito).

Com efeito, tem sido, sobretudo, por via do Direito Comunitário (agora Direito da União Europeia) que a importação do modelo norte-americano de regulação das *public utilities* tem tido lugar, no tal fenómeno de contaminação a que nos referimos na Introdução a esta Parte I e que, num primeiro momento, foi feito de baixo (via Inglaterra) para cima (Direito Comunitário), e depois de cima (através sobretudo das directivas comunitárias) novamente para baixo (ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros).

Direito Administrativo (francês)” (cfr. “L’ imitation de modeles étrangers en droit administratif français”, L’ Actualité Juridique. Droit Administratif, 2004 (23), p. 1224).

Deste modo, embora a maioria dos Autores quando se referem a esta influência tenda a acentuar que a mesma é proveniente do direito inglês (o que se explica, desde logo, pelo facto de a Inglaterra fazer parte da União Europeia e de assim se encontrar justificada a acção do Direito Comunitário), a verdade é que a origem dessa aproximação tem uma fonte mais remota: o direito norte-americano. Com efeito, é preciso ter presente que, conforme referimos *supra* ⁽³⁹⁷⁾, a regulação é uma “invenção” americana que foi importada para Inglaterra, na década de oitenta, pelo governo conservador de Margaret Thatcher ⁽³⁹⁸⁾.

Ora, que o Direito da Regulação é Direito Administrativo não restam dúvidas, uma vez que a regulação é uma actividade pública sujeita ao direito ⁽³⁹⁹⁾. A sua importação para a Europa fica, portanto, a dever-se à necessidade de preencher um espaço vazio criado pela emergência de um novo modelo de organização dos serviços públicos (que deixou de estar assente na propriedade pública).

Como refere JOSÉ ESTEVE PARDO, a propósito da recepção entre culturas jurídicas distintas, o direito “recepionado” tem normalmente uma capacidade para resolver as questões que de uma maneira inovadora se colocam na cultura jurídica receptora ⁽⁴⁰⁰⁾.

E foi isso que se passou com a recepção do Direito Administrativo norte-americano na Europa. Efectivamente, o Direito Administrativo norte-americano, talhado a partir do modelo de Estado Regulador americano, revela-se melhor preparado para a redefinição, que se encontra em curso, do intervencionismo público em matéria económica.

A convergência entre sistemas administrativos continentais e sistemas administrativos anglo-americanos acaba por ser, por conseguinte, o resultado de uma convergência mais profunda, ao nível das próprias “mentalidades jurídicas”. Esta aproximação de *mentalidades* é visível, sobretudo, em relação ao papel do Estado e à redefinição das suas funções.

Com efeito, a substituição do Estado empresário pelo mercado, com a consequente substituição do público pelo privado, se bem que possa ser sinónimo de maior eficiência em resultado de uma maior concorrência, acaba por colocar a

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. capítulo 4.

⁽³⁹⁸⁾ O que se fica a dever à predominância, no final do século passado, mesmo dentro dos sistemas da *common law*, do direito norte-americano que suplantou, em muitas áreas, o direito inglês.

⁽³⁹⁹⁾ JOSÉ ESTEVE PARDO, “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de Libros)”, *Revista de Administración Pública*, volume 183, septiembre-diciembre 2010, p. 307.

⁽⁴⁰⁰⁾ *Idem*, p. 297.

descoberto a necessidade de uma intervenção pública (diferente) para corrigir as falhas do mercado, dando assim lugar ao aparecimento da regulação administrativa.

Deste modo, se nos focarmos nas assunções, atitudes, aspirações e antipatias ⁽⁴⁰¹⁾, somos forçados a concluir que a convergência ao nível dos sistemas administrativos não é senão uma consequência dessa aproximação, o que contraria a afirmação de LEGRAND de que semelhante convergência seria impossível, uma vez que a diferença de mentalidades entre os sistemas da *common law* e da *civil law* seria, de acordo com este Autor, irreduzível ⁽⁴⁰²⁾.

A verdade é que, como observa JOHN BELL, ainda que a existência de diferentes “mentalités” seja um traço significativo dos sistemas jurídicos (e a verdade é que, não obstante a aproximação de mentalidades que referimos, isso não significa que tenham deixado de existir diferenças importantes entre as mesmas), a mesma não é determinante, não sendo, portanto, uma barreira quer para a colaboração, quer para a migração de ideias ⁽⁴⁰³⁾.

Um dos exemplos mais visível desta aproximação entre os Direitos Administrativos continentais e os Direitos Administrativos da *common law* é, desde logo, a transformação da organização administrativa tradicional dos sistemas de matriz francesa, através da criação de um conjunto de novas entidades administrativas com amplos poderes regulatórios: as *Autorités Administratives Indépendantes* do direito administrativo francês ou as entidades administrativas independentes da nossa Constituição ou as Autoridades Reguladoras Independentes como preferimos designá-las.

Mas existem outros exemplos, desde logo, ao nível da própria teoria do serviço público. Neste caso, encontramos-nos perante “o desmoronamento da concepção continental europeia de serviço público, cujo núcleo é a reserva da titularidade do mesmo por parte das autoridades públicas, e no auge da concepção anglo-saxónica, de acordo com a qual os serviços de interesse geral são oferecidos por empresas privadas controladas pela Administração” ⁽⁴⁰⁴⁾. É, aliás, neste contexto, que surgem os conceitos de serviço universal, de obrigações de serviço público e de direitos de acesso de terceiros às redes (“Third Party Access”), com fortes raízes no sistema anglo-americano.

⁽⁴⁰¹⁾ Que de acordo com LEGRAND fazem parte da “legal *mentalité*” (cfr. “European Legal Systems are not converging”, op. cit., p. 60).

⁽⁴⁰²⁾ P. LEGRAND, “European Legal Systems are not converging”, op. cit., p. 62.

⁽⁴⁰³⁾ JOHN BELL, “Mechanisms for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe”, op. cit., p. 157.

⁽⁴⁰⁴⁾ EVA DESDENTADO DAROCA, *La Crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 189-190.

Mais do que os exemplos concretos, nomeadamente ao nível dos conceitos, que comprovam que existe, de facto, uma aproximação dos sistemas administrativos de inspiração franco-germânica aos sistemas administrativos anglo-americanos, o que nos parece realmente importante sublinhar é que essa convergência se traduz, em termos mais gerais, em algo que ainda não foi estudado entre nós, pelo menos no domínio do Direito Administrativo, e que passa pela inclusão da teoria da regulação (enquanto nova forma de intervenção do Estado na actividade económica) no campo de estudo e de análise do Direito Administrativo.

Este aspecto é, no entanto, fundamental para compreender em toda a sua plenitude a evolução recente do Direito Administrativo, de matriz continental, motivada pela mudança do paradigma de intervenção pública na economia.

Estamos, com efeito, perante um “novo” Direito Administrativo que procura acompanhar os sinais dos tempos, combinando instrumentos e técnicas jurídicas de sistemas jurídicos com tradições tão distintas como são o sistema anglo-saxónico e o sistema franco-germânico, dando origem ao aparecimento de toda uma nova terminologia (regulação, desregulação, neoregulação, serviços económicos de interesse geral, serviço universal, obrigações de serviço público, autoridades reguladoras independentes).

Este “novo” Direito Administrativo espelha também, por outro lado, uma nova forma de combinar instrumentos e conceitos próprios da ciência jurídica, com instrumentos e conceitos próprios de outras ciências sociais, como a economia e a ciência política (um exemplo que ilustra este aspecto é designadamente a análise custos/benefícios das medidas regulatórias).

Finalmente, e não menos importante, estamos também perante um Direito Administrativo em que a divisão tripartida do poder público e o monopólio da autoridade do Estado surgem relativizados ⁽⁴⁰⁵⁾, como o demonstra a criação de entidades públicas dotadas de poderes executivos, quasi-legislativos e quasi-jurisdicionais (autoridades reguladoras independentes), bem como a existência de vários níveis de regulação (supranacional e nacional) e de diferentes processos de regulação (hetero-regulação, auto-regulação e co-regulação).

Todos estes aspectos concorrem, assim, para desafiar o nosso paradigma do Direito Administrativo tradicional, de inspiração franco-germânica.

A convergência entre sistemas administrativos está longe, porém, de ser sinónimo de homogeneização. Antes pelo contrário.

⁽⁴⁰⁵⁾ GEORGES DELLIS, “Régulation et droit public “continental”. Essai d’une approche synthétique”, *Revue du Droit Public*, 2010 (4), p. 960.

A aproximação dos sistemas administrativos de matriz continental (como o nosso) aos sistemas anglo-americanos dá lugar ao aparecimento, conforme resulta do que escrevemos acima, de um “novo” Direito Administrativo que integrando aspectos daqueles sistemas, não perde, no entanto, a sua matriz referenciadora original.

Assim, e após termos chegado à conclusão de que nos encontramos perante um novo modelo de intervenção do Estado na actividade económica (Estado Regulador) e antes de examinarmos os sinais da evolução recente do Direito Administrativo português a essa luz (Parte III), precisamos primeiro de compreender para que serve e em que consiste essa nova função do Estado: a regulação.

É a essa análise que dedicaremos a Parte II da nossa dissertação.

PARTE II

A Moderna Teoria Jurídica da Regulação de Serviços de Interesse Económico Geral

Introdução

A abertura à concorrência, acompanhada em muitos casos pela privatização (total ou parcial) de alguns dos tradicionais serviços públicos de carácter económico, trouxe consigo um novo conceito jurídico: o conceito de regulação.

Qual o significado, porém, da palavra regulação?

A pergunta é pertinente, tendo em conta a variedade de respostas que se podem encontrar para a mesma. Para este facto, muito tem contribuído, aliás, o interesse que o fenómeno da regulação tem suscitado, nos últimos anos, em vários sectores das ciências sociais e que vai muito para além das ciências jurídicas. Assim, qualquer pretensão em rotular o conceito de regulação com uma ciência em particular, não passa disso mesmo, ou seja, de uma mera pretensão. Este é também, afinal, um sinal dos nossos tempos, em que se assiste a uma diluição das tradicionais fronteiras entre diferentes campos do saber.

Uma análise multidisciplinar do conceito de regulação não está, no entanto, nos nossos objectivos. A nossa análise será feita apenas da perspectiva das ciências jurídicas e, em particular, a partir da ciência do Direito Administrativo. Isto não significa, no entanto, que não tenhamos em consideração os ensinamentos de outras ciências sociais, como a ciência política ou a ciência económica. Com efeito, muitos temas regulatórios são tecnicamente complexos e envolvem difíceis problemas de avaliação, requerendo uma análise interdisciplinar.

Como sublinham ROBERT BALDWIN *et al.*, a regulação deve ser vista, essencialmente, como um campo de estudo que opera entre “*trans-disciplinary*” e “*inter-disciplinary*” *conversations*” ⁽⁴⁰⁶⁾. Esta é, aliás, em nossa opinião, precisamente, uma das razões pelas quais o estudo da regulação se revela um desafio académico tão interessante, permitindo combinar os contributos da ciência política e da Análise Económica do Direito, para evidenciar, em última análise, a dimensão política do próprio Direito Administrativo, até agora praticamente negligenciada.

Deste modo, o nosso objectivo nesta Parte II é, fundamentalmente, fornecer os dados daquela que é, em nossa opinião, a Moderna Teoria Jurídica da Regulação.

Qualquer tentativa de condensar o fenómeno da regulação corre, no entanto, sempre o risco de não ser suficientemente abrangente.

⁽⁴⁰⁶⁾ ROBERT BALDWIN *et al.*, “Introduction: Regulation – the Field and the Developing Agenda”, in AAVV, *The Oxford Handbook of Regulation*, ROBERT BALDWIN *et al.* (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 12.

Neste contexto, e não perdendo de vista aquele que é o objecto da nossa investigação (o Estado Regulador), limitaremos a nossa análise à Teoria Jurídica da Regulação dos Serviços de Interesse Económico Geral que correspondem, no fundo, aos tradicionais serviços públicos económicos (telecomunicações, transportes ferroviários, energia e serviços postais) ⁽⁴⁰⁷⁾. Com efeito, e conforme tivemos oportunidade de analisar na Parte I, em virtude das políticas (europeias) de liberalização e de privatização, a intervenção pública nestes sectores deslocou-se, nos últimos anos, da produção directa de bens e de serviços (que passa agora a ser assegurada, sobretudo, por privados) para a regulação dos (novos) mercados entretanto criados. A regulação assume-se, assim, como a nova forma de intervenção, por excelência, do Estado (entendido em sentido amplo, ou seja, como autoridade pública) nestes sectores.

Deste modo, e não obstante as diferenças que se verificam entre os diferentes serviços de interesse económico geral ⁽⁴⁰⁸⁾, os mesmos apresentam várias características comuns, como o facto de serem explorados a partir de uma rede (indústrias de rede ⁽⁴⁰⁹⁾) e de assegurarem o fornecimento de bens e de serviços

⁽⁴⁰⁷⁾ De acordo com o Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral (COM (2004), 374 final, de 12 de Maio), consideram-se serviços de interesse económico geral os serviços de natureza económica que os Estados ou a União Europeia sujeitam a específicas obrigações de serviço público.

⁽⁴⁰⁸⁾ Com efeito, apesar do desenvolvimento da política comunitária da concorrência, o nível de abertura aos mercados destes sectores ainda é muito diferente, variando não só entre os diferentes Estados-Membros, como também ao nível interno de cada Estado-Membro.

⁽⁴⁰⁹⁾ As indústrias de rede ou os sectores em rede, como também são por vezes designados, “*visam não só satisfazer directamente as necessidades dos cidadãos, através do fornecimento directo de um determinado serviço (por exemplo, o fornecimento de energia, telefonia vocal, ou o transporte aéreo, entre outros), como se apresentam como infra-estruturas essenciais de suporte à prestação de outros serviços ou ao desenvolvimento de outras actividades económicas (por exemplo, os serviços de pagamento electrónico e de compensação ou negociação de títulos)*” (CARLOS LOBO, *Sectores em rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 23). Deste modo, e seguindo CARLOS LOBO, podem distinguir-se os sectores em rede de base física, “*que assentam a sua prestação de serviços na existência de uma infra-estrutura material ou imaterial, previamente erigida, de capacidade limitada e que suporta a actividade complementar, na ausência da qual, a prestação de serviços se torna impossível*” dos sectores em rede virtuais que são “*constituídos por um conjunto de bens que partilham uma plataforma técnica comum normalizada*” (idem, p. 24). A nós interessam-nos apenas os primeiros, ou seja, os sectores em rede de base física e em particular as redes materiais, que têm como principais características (i) um elevado investimento inicial; (ii) a necessidade de existência de títulos de propriedade relativamente à totalidade dos componentes da rede; (iii) uma estrutura de mercado estável e a existência de barreiras à saída; (iv) um nível de concorrência intra-sistemática agressivo e um nível de concorrência intersistemática mediano e (v) a prestação de serviços de relevante interesse público (para maiores desenvolvimentos sobre cada uma destas características veja-se novamente CARLOS LOBO, *Sectores em rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, op. cit., pp. 49 e segs.).

essenciais para a colectividade. Estamos, assim, perante sectores onde os objectivos e os valores que a regulação visa proteger são muito semelhantes.

Qualquer teoria é sempre, no entanto, pouco mais do que uma tentativa de dar sentido àquilo que se observa ⁽⁴¹⁰⁾. No nosso caso, a análise combinará, simultaneamente, elementos descritivos com elementos prescritivos.

Deste modo, neste novo cenário, as perguntas para as quais devemos tentar encontrar respostas são, quanto a nós, fundamentalmente, três:

- (i) Quais as razões para regular?
- (ii) Quem regula? e
- (iii) Quais são os instrumentos jurídico-administrativos da regulação?

As duas primeiras perguntas fazem parte do objecto desta Parte II, a terceira será analisada, em particular, na Parte III.

Quais as razões para regular? A resposta à questão de saber quais as razões que justificam a existência de regulação pública em sectores-chave da economia está bastante desenvolvida nos Estados Unidos, tendo estado na origem do aparecimento de várias teorias da regulação, destacando-se especialmente a Teoria do Interesse Público e a Teoria dos Interesses Privados.

Assim, enquanto de acordo com a Teoria do Interesse Público, que adopta uma perspectiva normativa, a regulação visa, sobretudo, corrigir as falhas do mercado e, dessa forma, aumentar os níveis de bem-estar, para os defensores da Teoria dos Interesses Privados, que partem de uma perspectiva positiva, a regulação não é mais do que um meio de satisfazer interesses privados (sejam eles dos regulados, dos próprios reguladores ou dos consumidores), pondo em causa, em última análise, uma visão neutra do princípio da prossecução do interesse público.

Qualquer uma destas teorias acaba, no entanto, por alertar também para a possibilidade de existirem falhas do Estado na regulação dos mercados, para as quais será necessário encontrar novas técnicas de regulação que permitam conciliar os valores de mercado com outros valores não económicos que também fazem parte dos objectivos da regulação.

Quem regula? A resposta a esta questão tem-se centralizado, por sua vez, entre nós, e por influência do modelo anglo-americano de regulação, praticamente em exclusivo, no estudo de uma nova categoria de entidades administrativas, as Autoridades Reguladoras Independentes.

⁽⁴¹⁰⁾ Num sentido próximo, BARRY BARTON, "The Theoretical Context of Regulation", in AAVV, *Regulating Energy and Natural Resources*, BARRY BARTON et. al. (editores), Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 33.

Sem dúvida que as questões relacionadas com a legitimidade democrática e com os níveis de responsabilização política destas entidades colocam novos e importantes desafios ao modelo tradicional de organização administrativa dos países continentais, e a elas também nos referiremos.

Porém, a abordagem que propomos no capítulo terceiro desta Parte II é diferente. Deste modo, mais do que estudar as Autoridades Reguladoras Independentes ⁽⁴¹¹⁾, o nosso objectivo é, sobretudo, examinar as complexas relações que se estabelecem num sistema regulatório ⁽⁴¹²⁾ multi-nível, como o nosso, entre os diferentes níveis de regulação (supranacional e nacional).

Com efeito, a regulação há muito que deixou de ser uma forma de intervenção (apenas) nacional, assistindo-se à multiplicação de “sistemas regulatórios globais”, nomeadamente ao nível de organizações internacionais e mais concretamente da União Europeia. Por outro lado, a verdade é que num sistema regulatório como o português, não obstante a criação relativamente recente de várias Autoridades Reguladoras Independentes, nomeadamente nos sectores dos serviços de interesse económico geral, o Estado (vg. departamentos e organismos directamente dependentes do governo) ainda continua a manter importantes tarefas regulatórias.

A multiplicidade de níveis de regulação coloca, no entanto, inevitavelmente, sérios problemas relacionados com o risco de sobreposição de competências, comportando igualmente o risco de fragmentação da regulação. Pode, no entanto, ser também vista como uma forma de impedir ou, pelo menos de diminuir, os riscos de captura do regulador pelos regulados, bem como as assimetrias de informação, evitando algumas das possíveis falhas da regulação ⁽⁴¹³⁾.

⁽⁴¹¹⁾ Entre nós, vejam-se sobre este tema, em especial, as monografias de JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002 e VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

⁽⁴¹²⁾ A expressão sistema regulatório é aqui usada como forma de organização institucional de um determinado sistema de regulação. Em sentido diferente, mais amplo, VITAL MOREIRA designa por *sistema regulatório propriamente dito* “(...) a expressão concreta de cada área regulatória, que conjuga o formato regulatório com o regime regulatório e com os instrumentos de regulação utilizados (instrumentos normativos, administrativos, sancionatórios), tendo em conta a repartição destes pelos vários titulares de funções reguladoras, em relação a cada um dos segmentos ou níveis do sector em causa” (*Auto-regulação profissional e administração pública*, op. cit., p. 115). Quanto a nós, usamos a expressão sistema regulatório num sentido mais restrito, próximo do conceito de *formato regulatório* usado por VITAL MOREIRA e que corresponde à “(...) configuração orgânica de cada sistema de regulação concreto, ou seja, (à) organização regulatória” (Idem, p. 114).

⁽⁴¹³⁾ Neste sentido, veja-se JOSEPH STIGLITZ, “Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation”, in AAVV, *Government and Markets. Toward a New Theory of Regulation*, EDWARD J. BALLEISEN / DAVID A. MOSS (editores), Cambridge University Press, New York, 2010, p. 37.

Por último, dedicamos um capítulo a algumas comparações entre o modelo americano de regulação e o modelo europeu de regulação dos serviços de interesse económico geral.

Uma crítica que se pode fazer, desde logo, a esta análise é o facto de compararmos um país (os Estados Unidos) com um continente (a Europa, embora aqui tenhamos em vista apenas os países da União Europeia). A verdade é que, não obstante todas as suas particularidades, os países que compõem a União Europeia têm em comum não só o facto de pertencerem à União, como a aplicação de um direito comum, o Direito da União Europeia, e um regulador comum (a Comissão Europeia, para além das agências reguladoras europeias). Os Estados Unidos, por seu turno, também têm uma organização política particular (Estado federal), que de certo modo serviu de inspiração à construção da própria União Europeia.

Qualquer tentativa de comparação deste género peca sempre, no entanto, por ser demasiado geral. Com efeito, só assim não seria se analisássemos, para além dos Estados Unidos, os vários Estados-Membros da União Europeia e dentro destes os vários sectores económicos, uma vez que as diferenças se registam não só entre países mas também entre sectores dentro do mesmo país. Semelhante modelo de análise está, porém, fora do âmbito da nossa investigação.

Em todo o caso, apesar das diferenças naturais entre as estruturas políticas, económicas e jurídicas dos países que compõem a União Europeia, a verdade é que se verifica, por influência do Direito da União Europeia, uma convergência ao nível das políticas nos sectores dos serviços de interesse económico geral. Deste modo, através das directivas comunitárias tende a assistir-se a uma tendencial harmonização dos regimes regulatórios dos diferentes Estados-Membros nestes sectores económicos, o que nos permite, portanto, ensaiar algumas comparações entre o modelo americano e o modelo “europeu” de regulação.

1. Aproximação ao conceito de regulação

Qualquer estudo de uma teoria, seja ela qual for, tem de começar, necessariamente, pela abordagem do seu objecto. O mesmo se passa com a teoria jurídica da regulação. Justifica-se, por isso, que comecemos este capítulo por definir o que é a regulação. Trata-se, porém, de uma tarefa particularmente difícil uma vez que nos deparamos com uma palavra que sofre de um defeito: polissemia.

A nossa análise será restringida, no entanto, ao campo jurídico. Ainda assim, o conceito presta-se a vários equívocos.

Tendo isto presente, a nossa proposta passa, num primeiro momento, por definir a regulação pela negativa, ou seja, por aquilo que a regulação não é. Para isso, distinguimos a regulação de outros conceitos que têm sido com aquele confundido: intervenção pública, privatização, liberalização e concorrência.

Esta metodologia permite-nos abrir espaço para, num segundo momento, nos dedicarmos apenas ao conceito jurídico de regulação. Podemos chegar assim a uma definição em que é possível individualizar quatro elementos: uma intenção e um objecto, que se ligam a um conjunto de instrumentos jurídicos tendo em vista atingir determinados objectivos.

1.1. Um conceito, vários sentidos. Distinção de conceitos afins.

A palavra regulação entrou no nosso léxico jurídico sem nos apercebermos muito bem como e porquê.

De conceito relativamente desconhecido em meados da década de setenta do século XX, o termo passou, no entanto, rapidamente a concentrar a atenção dos juristas deste lado do Atlântico na década seguinte. De um momento para o outro, ao lado dos conceitos de privatização e de liberalização passou a figurar também um novo conceito jurídico - regulação.

Não foi, naturalmente, por acaso. Regulação é o conceito usado para designar a nova forma de intervenção do Estado na economia, subsequente à liberalização dos mercados e à privatização dos tradicionais serviços públicos.

Vítima do seu próprio sucesso, a palavra acabaria por se transformar, no entanto, numa palavra “passe-partout”. O termo corre, hoje, mesmo o sério risco de se banalizar, o que, ao contrário do que se poderia pensar, está longe de querer significar que o conceito se encontre perfeitamente definido. Esta é, aliás, uma consequência

não só da própria polissemia do vocábulo mas, sobretudo, da sua utilização por várias disciplinas, sempre com significados distintos ⁽⁴¹⁴⁾.

Na linguagem corrente, regular significa dirigir, controlar, limitar, estabilizar, moderar, estabelecer regras.

E na linguagem jurídica?

Num sentido alargado, a regulação pode ser definida como qualquer medida ou forma de intervenção que tenha como objectivo ordenar o comportamento dos indivíduos ou de determinados grupos de indivíduos em concreto.

Esta é, no entanto, uma definição demasiado abrangente que, por isso mesmo, se revela pouco útil. No limite, seguindo este conceito alargado, a regulação poder-se-ia confundir com o próprio Direito.

Há que procurar, portanto, um conceito mais restrito que seja operativo.

Ora, de acordo com o conceito de regulação que adoptamos, a regulação é, desde logo, uma forma de intervenção pública num determinado sector ou mercado. Não se confunde, porém, com o conceito mais amplo de intervenção pública, embora os conceitos sejam usados muitas vezes como sinónimos ⁽⁴¹⁵⁾.

Com efeito, o conceito de intervenção pública engloba outras formas de intervenção para além da regulação, como a empresa pública, o serviço público ou a planificação. A regulação pública distingue-se, no entanto, destas formas de intervenção na medida em que não pressupõe uma intervenção directa da parte do Estado no mercado (nomeadamente, como produtor de bens ou prestador de serviços), nem assenta na existência de propriedade pública ou de monopólios públicos. Por outro lado, e ao contrário daquelas formas de intervenção pública directa, que entraram em crise na maioria dos países europeus nas décadas de oitenta e de noventa do século passado, não se pretende substituir o mercado, mas apenas orientá-lo.

A regulação é, assim, uma forma de intervenção pública indirecta que visa, nuns casos, condicionar, noutros apenas influenciar a actividade das empresas (públicas ou privadas) que operam num determinado mercado, designadamente através da criação de mecanismos de fixação de preços ou de tarifas, na limitação do acesso a

⁽⁴¹⁴⁾ Sobre os diferentes sentidos do termo regulação, nomeadamente para uma comparação da sua utilização pelas ciências jurídicas e por outras ciências sociais, como a economia e a sociologia ver, entre outros, JACQUES CHÉVALIER, "De quelques usages du concept de régulation", in AAVV, *La Régulation entre droit et politique*, MICHEL MIAILLE (editor), éditions l'Harmattan, Paris, 1995, pp. 77 e segs. e ANTOINE JEAMMAUD, "Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu", in AAVV, *Les transformations de la régulation juridique*, JEAN CLAM / GILLES MARTIN (editores), LGDJ, Paris, 1998, em especial pp. 52-56.

⁽⁴¹⁵⁾ Cfr. GIANDOMENICO MAJONE, "Regulation and its modes", op. cit., pp. 10-11.

determinadas actividades ou do seu exercício ou no estabelecimento de condições sobre a forma de prestação de um determinado serviço ⁽⁴¹⁶⁾.

Trata-se, portanto, de um, entre outros, modos de intervenção pública na economia, ficando a meio caminho entre os métodos que envolvem uma intervenção directa da parte do Estado e aqueles que envolvem o uso de mecanismos de controlo indirecto (como os impostos ou os subsídios) ⁽⁴¹⁷⁾.

Neste sentido, o conceito de regulação também não se confunde com as políticas de privatização e de liberalização, a que visa dar resposta.

Em sentido lato, privatizar significa a passagem (que nalguns casos pode significar devolução, nomeadamente nos casos de reprivatização) para o sector privado de um bem ou de uma actividade anteriormente pertencente ao sector público. Liberalizar significa, por sua vez, a abertura ao mercado de um sector tradicionalmente organizado sob a forma de monopólio.

A regulação é, precisamente, a função ou poder público que surge na sequência da privatização e da liberalização de determinados sectores da economia, para garantir a protecção dos diferentes interesses em presença (do mercado, dos operadores, dos consumidores, do público em geral) ⁽⁴¹⁸⁾. Efectivamente, quer num caso, quer no outro, torna-se necessária a existência de regulação pública para assegurar a satisfação de necessidades colectivas que de outra forma poderiam ser postas em causa (nos casos de privatização) ou não encontrar satisfação no mercado (nos casos de liberalização).

Ao contrário, porém, da disciplina da concorrência que opera num ambiente em que existe previamente um mercado, e em que o que está em causa é corrigir, a

⁽⁴¹⁶⁾ Discordamos, assim, de JOÃO CALVÃO DA SILVA para quem “(n)o âmbito do Estado-regulador, o interesse público pode ser acautelado não apenas pelas entidades reguladoras, mas ainda através de instrumentos de intervenção estadual na vida das empresas privatizadas (...) mediante o exercício de direitos especiais previstos nas legislações societárias (vg. voto plural, tectos de voto, nomeação de administradores com poderes especiais, etc) ou com a titularidade de acções privilegiadas (...)” (*Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, op. cit., p. 86). Em nossa opinião, estes instrumentos são os mecanismos normais que caracterizam a relação que se estabelece entre o Estado e as empresas em que detêm participações e que se reconduzem, em última análise, a uma forma de intervenção pública directa na economia através daquelas mesmas empresas, própria do modelo de Estado empresário. A regulação, mesmo quando diz respeito a empresas públicas (ou participadas pelo Estado), assume-se sempre, no entanto, como uma forma de intervenção indirecta, ou seja, que não está ligada à produção de bens ou prestação de serviços, mas sim a uma forma de condicionamento ou limitação da actividade da empresa, que é imposta a partir do exterior (pelo regulador) no contexto da sua actuação num determinado mercado.

⁽⁴¹⁷⁾ No mesmo sentido, DAVID E. M. SAPPINGTON / JOSEPH E. STIGLITZ, “Information and Regulation”, in AAVV, *Public Regulation. New Perspectives on Industries and Policies*, ELIZABETH E. BAILEY (editor), The MIT Press, Cambridge, MA, 1987, p. 3.

⁽⁴¹⁸⁾ O conceito é, portanto, aqui adoptado num sentido técnico, não se confundindo com uma *policy*. Com efeito, a confusão entre o conceito de regulação e os conceitos de privatização e de liberalização é mais frequente quando a regulação é vista como uma política que combina, precisamente, a liberalização com as privatizações de sectores-chave da economia.

posteriori, os resultados não desejados por esse mercado (como, por exemplo, o abuso de posição dominante ou a concentração de empresas), a regulação opera num ambiente em que não existe necessariamente mercado (por exemplo, nos casos de monopólio natural ou de bens públicos) ou em situações em que este funciona mal e que tornam, por isso, necessária a sua regulação, *a priori*.

Deste modo, embora quer a concorrência quer a regulação tenham em vista, em última análise, um cenário de concorrência perfeita, fazem-no de perspectivas diferentes: num caso, o mercado existe (concorrência), no outro trata-se de criá-lo artificialmente (regulação).

Mas existe uma outra diferença, porventura mais importante, entre concorrência e regulação. Com efeito, diversamente da concorrência, que tem sobretudo objectivos económicos (relacionados com a eficiência do mercado), a regulação procura assegurar determinados resultados que o mercado, mesmo existindo e estando a funcionar, pode não garantir, como a protecção dos consumidores, a regularidade do fornecimento do serviço, a saúde pública, a qualidade dos produtos, a protecção do ambiente, entre outros. Este aspecto é, aliás, particularmente visível ao nível da regulação de serviços de interesse económico geral que, para além de objectivos económicos, tem também importantes objectivos sociais ⁽⁴¹⁹⁾ ⁽⁴²⁰⁾.

Não se trata, portanto, apenas, de promover o mercado ou de corrigir as suas falhas, mas de assegurar também a satisfação de necessidades colectivas, nomeadamente quando está em causa a prestação de serviços essenciais.

Parece-nos que estamos agora, então, em condições de examinar o conceito jurídico de regulação.

Assim, de acordo com uma concepção que designaríamos de formal ou restrita, a regulação é sinónimo de aprovação e promulgação de normas jurídicas, cujo incumprimento tem associada a aplicação de alguma sanção ⁽⁴²¹⁾.

⁽⁴¹⁹⁾ Não adoptamos, assim, uma distinção entre regulação económica e regulação social que nos parece artificial. Com efeito, em nossa opinião, não se trata de dois tipos diferentes de regulação, mas apenas de dois tipos diferentes de objectivos que a regulação pode ter. Como sublinha RICARDO RIVERO ORTEGA “(...) *também as regulações jurídicas de carácter social, para a protecção da saúde ou dos direitos dos consumidores, produzem consideráveis efeitos económicos, sendo elementos reguladores do sector (...). Por outro lado, normalmente as regulações consideradas económicas, como a fixação de tarifas ou a limitação do número de operadores num sector, costumam prosseguir fins sociais tais como a universalidade no acesso aos serviços ou a garantia da sua prestação, evitando uma concorrência danosa no longo prazo*” (*Derecho administrativo económico*, op. cit., p. 21).

⁽⁴²⁰⁾ Sobre os limites do Direito da Concorrência no campo dos tradicionais serviços públicos veja-se TONY PROSSER, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, 2005, em especial pp. 17 a 38.

⁽⁴²¹⁾ Entre nós, esta concepção foi adoptada por SALDANHA SANCHES (“A Regulação: História breve de um conceito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, 2000, p. 5) e por JOÃO CALVÃO DA SILVA que define a regulação como “o estabelecimento de regras para as

Esta é uma concepção que tem tido eco junto da doutrina francesa, para quem a regulação seria uma acção normativa ou para-normativa que acompanha a abertura de um mercado anteriormente monopolizado e que assegura a sua abertura a novos operadores e a instalação progressiva da concorrência ⁽⁴²²⁾.

A regulação corresponde, assim, para estes Autores, a uma nova normatividade, que se desdobra em dois níveis. Por um lado, em relação às próprias normas emitidas e, por outro lado, ao nível do processo de formação das mesmas.

Deste modo, e em relação ao primeiro aspecto, a regulação *“implica uma maneira de pensar a lei bastante mais heterodoxa quando comparada com as dimensões clássicas da normatividade”* ⁽⁴²³⁾ e que ficaria a meio caminho entre a lei e o regulamento. Exemplo disto mesmo seria o aparecimento de um direito mais flexível (*soft law*), “adaptável” às necessidades dos diferentes actores sociais, e cuja função seria, principalmente, orientar os seus comportamentos, favorecendo a auto-disciplina, apresentando-se, deste modo, como uma alternativa às tradicionais normas coercivas (*hard law*) ⁽⁴²⁴⁾.

Para além disso, a regulação implicaria também, de acordo com esta concepção, um novo processo de formação do direito, nomeadamente através da generalização de processos de consulta pública, prévios à emissão das normas, que permitem a participação dos interessados na tomada de decisões que lhes dizem directamente respeito.

A crítica que, em nossa opinião, merece esta concepção formal de regulação é que a mesma peca por ser demasiado restrita. Com efeito, o conceito de regulação adoptado é um conceito eminentemente literal, que tende a identificar a regulação com a aprovação de regras jurídicas. A regulação é mais, no entanto, do que isso.

Com efeito, de acordo com uma concepção material de regulação, que perfilhamos, a regulação compreende não apenas a elaboração e aprovação de

actividades económicas (regulamentação), a tutela ou controlo dessas actividades (supervisão) e a aplicação de sanções (maxime, coimas e sanções acessórias) às infracções, eminentemente administrativas, cometidas pelos agentes económicos” (Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral, op. cit., nota de rodapé n.º 226, p. 86).

⁽⁴²²⁾ Cfr. YVES GAUDEMET, “La Concurrence des Modes et des Niveaux de Régulation. Introduction”, *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 109, 2004, p. 14. No mesmo sentido, veja-se também GÉRARD TIMSIT, “Les Deux Corps du Droit. Essai sur la notion de régulation”, *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 78, 1996, p. 383.

⁽⁴²³⁾ GÉRARD TIMSIT, “Les Deux Corps du Droit. Essai sur la notion de régulation”, op. cit., p. 383. Sobre as características das normas de regulação, ver, em especial, as pp. 385 e segs.. De acordo com este Autor, a norma de regulação seria uma norma de orientação, uma vez que enuncia os valores que devem conduzir a sua aplicação nas situações concretas às quais se aplica a lei geral, conferindo, no entanto, à entidade responsável pela sua aplicação uma margem de liberdade para a sua adaptação a cada situação concreta.

⁽⁴²⁴⁾ Cfr. JEAN-LOUIS AUTIN, “Reflexions sur l’usage de la regulation en Droit Public”, in AAVV, *La Regulation entre droit et politique*, MICHEL MIAILLE (editor), editions l’Harmattan, Paris, 1995, p. 55.

normas jurídicas, mas também a utilização de outros instrumentos jurídicos (contratos, licenças, autorizações) e económicos (por exemplo, aprovação de tarifas reguladas) de forma a intervir na actividade económica ⁽⁴²⁵⁾.

Esta parece ser também a concepção adoptada por ANTÓNIO SANTOS *et al.*, para quem a regulação pública da economia é o *“conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis”* ⁽⁴²⁶⁾. Num sentido próximo, PAZ FERREIRA e LUIS MORAIS definem o conceito geral de regulação jurídica da economia como o *“desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na actividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos”* ⁽⁴²⁷⁾.

Estas definições de regulação são, no entanto, gerais, não visando nenhum sector ou mercado em concreto.

Porém, se nos concentrarmos apenas na regulação de serviços de interesse económico geral teremos de incluir ainda outros aspectos que escapam a qualquer uma destas definições.

Com efeito, neste caso, para além da natureza específica destes serviços, temos também de considerar que a regulação surge num contexto de abertura à concorrência de serviços essenciais antes reservados ao Estado. Neste quadro, e como sublinha GÉRARD MARCOU, a regulação é a *“função do poder público que visa a satisfação de necessidades colectivas por actividades de natureza económica num regime concorrencial”* ⁽⁴²⁸⁾.

Pela nossa parte, e considerando todos estes aspectos, definimos a regulação como uma forma de intervenção pública indirecta num determinado sector, através da

⁽⁴²⁵⁾ No mesmo sentido, VITAL MOREIRA refere que o *“(...) o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não forma normativa”* (*Auto-regulação profissional e administração pública*, op. cit., p. 36).

⁽⁴²⁶⁾ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *Direito Económico*, op. cit., p. 181. Os Autores excluem deste conceito a actividade directa do Estado como empresário, gestor ou produtor de bens ou de serviços.

⁽⁴²⁷⁾ EDUARDO PAZ FERREIRA / LUIS MORAIS, “A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral”, in AAVV, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, EDUARDO PAZ FERREIRA *et al.* (editores), Almedina, Coimbra, 2008, p. 22.

⁽⁴²⁸⁾ GÉRARD MARCOU, “La notion juridique de régulation”, *L’ Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2006 (7), p. 349.

utilização de um conjunto de instrumentos jurídicos e económicos, tendo em vista não só a promoção da concorrência, mas também a prossecução de objectivos sociais ligados à satisfação de necessidades colectivas.

Esta definição assenta, portanto, em quatro elementos:

- (i) uma intenção (condicionar ou influenciar a actividade económica dos operadores ou agentes do mercado (que podem ser públicos ou privados));
- (ii) um objecto (um determinado sector ou mercado);
- (iii) vários instrumentos (jurídicos e económicos);
- (iv) vários objectivos (económicos e sociais).

Será com esta definição de regulação que trabalharemos daqui em diante.

1.2. Razões conceptuais para regular

Existem diversas explicações sobre os motivos ou as razões que justificam a regulação ⁽⁴²⁹⁾. Em termos muito simples pode dizer-se, no entanto, que as razões que normalmente são apresentadas para justificar a existência da regulação pública da actividade económica são de dois tipos: prosseguir o interesse público ou defender os interesses privados.

As relações que se estabelecem entre os vários interesses e a forma como estes determinam a actuação dos reguladores e, conseqüentemente, a regulação de um determinado sector, estão longe, porém, de ser assim tão simples.

São estas relações que quer a Teoria do Interesse Público, quer a Teoria dos Interesses Privados procuram explicar. Assim, enquanto para a Teoria do Interesse Público, a regulação deve corrigir as falhas do mercado e, dessa forma, contribuir para o bem-estar geral, para a Teoria dos Interesses Privados, a regulação existe porque beneficia certos grupos de interesses, geralmente dos regulados.

Mais do que de duas teorias diferentes, trata-se, afinal, de duas perspectivas diferentes sobre o fenómeno da regulação. Deste modo, a Teoria do Interesse Público

⁽⁴²⁹⁾ Para uma análise das várias teorias da regulação veja-se, entre muitos outros, BARRY M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation. Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms*, Columbia University Press, New York, 1980, GIANDOMENICO MAJONE, "Theories of regulation", in GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, pp. 28 e segs., STEVEN P. CROLEY, "Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process", *Columbia Law Review*, volume 98 (1), 1998, em especial pp. 32 e segs., ROBERT BALDWIN / MARTIN CAVE, *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, JOHN MOOT, "Economic Theories of Regulation and Electricity Restructuring", *Energy Law Journal*, n.º 25, 2004, pp. 273 e segs.. Sob uma perspectiva económica, THEODORE E. KEELER, "Theories of Regulation and the deregulation movement", *Public Choice*, n.º 44, 1984, pp. 103 e segs..

é também designada como teoria normativa da regulação, enquanto a Teoria dos Interesses Privados é considerada uma teoria positiva da regulação.

Em comum, estas teorias têm, no entanto, o facto de explicarem a regulação a partir de um determinado interesse, o que se compreende se tivermos em consideração que as teorias da regulação sempre foram, em última análise, teorias de interesses ⁽⁴³⁰⁾.

Deve esclarecer-se, porém, que mesmo dentro de cada uma destas teorias existem diferentes correntes ou variantes.

Isso é particularmente visível no caso da Teoria dos Interesses Privados. Digase, aliás, que o emprego que fazemos do plural (“interesses privados”) é propositado e justifica-se por três razões.

Com efeito, e conforme teremos oportunidade de referir melhor mais à frente, embora na sua versão original esta teoria explique a regulação como um instrumento ao serviço dos regulados (posição de STIGLER), existem outras variantes, em que outros interesses (nomeadamente dos consumidores ou de determinados grupos de interesses devidamente organizados) são também usados para explicar a existência da regulação. Por outro lado, a referência a “interesses privados” enfatiza a visão atomística que caracteriza esta teoria por contraposição à perspectiva adoptada pela Teoria do Interesse Público que considera o interesse da colectividade, no seu todo. Finalmente, uma razão mais prática prende-se com a própria dificuldade em delimitar as diferentes teorias que podemos abarcar sob a designação mais geral de Teoria dos Interesses Privados. Efectivamente, por detrás desta designação podemos encontrar, em última análise, várias outras teorias, entre as quais, a Teoria Económica da Regulação (que tem em STIGLER o seu precursor), a Teoria da Captura dos Reguladores, a Teoria dos Grupos de Interesses ⁽⁴³¹⁾ e a própria Teoria da Escolha Pública (em que se destacam os nomes de BUCHANAN e de TULLOCK), que se assume simultaneamente como uma teoria política ⁽⁴³²⁾ e como uma teoria económica. A Teoria da Escolha Pública tem, aliás, um campo de análise mais vasto. Com efeito, são basicamente três as áreas de estudo da Teoria da Escolha Pública: os

⁽⁴³⁰⁾ BARRY M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation. Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms*, op. cit., p. 84.

⁽⁴³¹⁾ ROBERT BALDWIN e MARTIN CAVE autonomizam, por exemplo, esta teoria, apresentando-a como mais uma teoria ao lado das restantes teorias que explicam as origens da regulação (cfr. *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice*, op. cit., p. 21).

⁽⁴³²⁾ É a que fizemos referência na Parte I, capítulo 3, *supra*, a propósito do novo papel do Estado e de um eventual regresso ao princípio do “laissez faire, laissez passer” liberal.

mecanismos de escolha colectiva; o comportamento dos eleitores e o exame das causas e das consequências da intervenção pública no mercado ⁽⁴³³⁾.

Não é raro, porém, que diferentes Autores sejam conotados com duas ou mais destas teorias.

O ponto comum entre estas diferentes teorias de interesses privados reside, no entanto, na crítica, implícita ou explícita, que todas dirigem à regulação, enquanto forma de intervenção pública no mercado, ao serviço de determinados interesses.

Qualquer uma destas teorias partilha, assim, a mesma “abordagem egoísta” da regulação, que é identificada com a defesa de interesses próprios (por contraposição ao conceito de interesse público), o que justifica, portanto, que as abordemos conjuntamente sob a designação de Teoria dos Interesses Privados.

Nos próximos dois capítulos, apresentamos aqueles que são os aspectos centrais da Teoria do Interesse Público e da Teoria dos Interesses Privados, incluindo as suas principais críticas, deixando para o final a nossa análise dessas mesmas duas teorias.

1.2.1. A Teoria do Interesse Público

A explicação tradicional da Teoria do Interesse Público é a de que a regulação tem em vista a correcção das falhas do mercado. Parte-se, assim, da constatação de que o mercado não é perfeito, podendo mesmo ser causa de determinadas ineficiências económicas que, na ausência de uma intervenção pública, acabam por pôr em causa o bem-estar geral. Não basta, portanto, declarar a concorrência, é preciso também construí-la ⁽⁴³⁴⁾.

Um dos exemplos convencionais de falhas do mercado é a existência de monopólios naturais ⁽⁴³⁵⁾. É o caso, por exemplo, da actividade de transporte de gás natural, em que, tendo em conta os elevados custos iniciais de instalação das infra-estruturas de transporte (gasodutos), bem como os seus custos de manutenção, uma só empresa consegue ser mais eficiente (produzindo economias de escala) do que duas ou mais empresas operando em concorrência.

Ora, na ausência de regulação, o monopolista muito provavelmente não só tenderá a escolher as empresas que podem usar a sua infra-estrutura, como tentará

⁽⁴³³⁾ JESSICA LEIGHT, “Public Choice: A Critical Reassessment”, in AAVV, *Government and Markets. Toward a New Theory of Regulation*, EDWARD J. BALLEISEN / DAVID A. MOSS (editores), Cambridge University Press, New York, 2010, p. 216.

⁽⁴³⁴⁾ MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “Les nouveaux champs de la régulation”, *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 109, 2004, p. 59.

⁽⁴³⁵⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 168.

também aproveitar-se do facto de só existir um gasoduto (o seu) para tentar impor àqueles que o queiram usar, um preço acima do custo efectivo do seu uso. Por outro lado, numa situação como esta, a empresa que detém o monopólio também não terá qualquer incentivo para investir em inovações tecnológicas, de forma a reduzir os seus custos de produção, já que não enfrenta qualquer concorrência no sector.

A regulação actua, assim, nestes casos, em substituição da concorrência, nomeadamente através da consagração do direito de acesso de terceiros às infra-estruturas, assentes num princípio de não discriminação do acesso, e na fixação, por exemplo, de tarifas reguladas que visam compensar o operador pela utilização da sua infra-estrutura ⁽⁴³⁶⁾. Trata-se, portanto, de uma forma de criar “concorrência” em situações em que existem, à partida, obstáculos ao pleno funcionamento do mercado.

Na origem da maior parte dos monopólios naturais estão, no entanto, essencialmente, questões de natureza técnica. Nada impede, portanto, que, em virtude dos avanços da tecnologia numa determinada área, uma actividade que hoje é considerada um monopólio natural, não possa deixar de o ser amanhã. O sector das comunicações electrónicas, onde os avanços tecnológicos se têm sucedido a uma velocidade vertiginosa, é disso, aliás, um bom exemplo.

Não é de estranhar, assim, que este seja um dos aspectos que tem gerado mais interesse no tratamento desta figura nos últimos anos, ou seja, a questão de saber até que ponto muitos monopólios naturais não se podem tornar, afinal, *potenciais* monopólios legais ⁽⁴³⁷⁾.

Outro exemplo tradicional de uma falha do mercado é a existência de externalidades. Em causa estão aquelas situações em que a actividade de uma empresa gera determinados custos para terceiros, sem a correspondente compensação (externalidades negativas). Uma situação paradigmática é a poluição. Por exemplo, uma central termoeléctrica, no seu processo produtivo, emite para a atmosfera dióxido de carbono, o que acaba por afectar a qualidade do ar e contribuir para o aquecimento global. Na ausência de regulação (por exemplo, através da imposição de limites máximos à quantidade das emissões poluentes), a central não

⁽⁴³⁶⁾ Em certas situações, pode optar-se, no entanto, por um sistema de tarifas negociadas directamente entre os operadores, as quais ficam sujeitas, no entanto, a verificação das entidades reguladoras, nomeadamente nas situações em que as partes não cheguem a acordo sobre o seu valor. Essa foi a solução adoptada, entre nós, no sector das comunicações electrónicas (cfr. art. 26.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro).

⁽⁴³⁷⁾ Com efeito, não é raro que a abertura à concorrência (liberalização) de um determinado sector seja seguida, quase de imediato, pela descoberta de alternativas tecnológicas que acabam por permitir superar a existência de um tradicional monopólio natural (cfr. JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, op. cit, p. 101).

terá qualquer incentivo para poluir menos se disso depender a sua capacidade produtiva, nem tão pouco para compensar a sociedade por esse facto.

A solução de proibir, pura e simplesmente, o funcionamento da central não é, no entanto, aceitável. Com efeito, apesar de se tratar de uma actividade poluente, a verdade é que a mesma produz bens e serviços essenciais para a sociedade, o que justifica a intervenção do Estado de forma a reduzir a diferença entre os custos privados da actividade poluente e os seus custos sociais. Por outro lado, e ainda que os lesados pela actividade da central possam recorrer ao regime da responsabilidade civil de forma a serem indemnizados pelos danos que aquela actividade lhes causou, esta nem sempre é a melhor solução, sobretudo quando existem vários lesados, cujos danos individualmente considerados são insignificantes e que, por isso mesmo, têm poucos incentivos para intentar sozinhos uma acção judicial. A isto acresce ainda o facto de se tratar de uma actuação *a posteriori* que visa remediar uma situação danosa já verificada.

Ora, como refere ANTHONY OGUS, quando uma “falha do mercado” é acompanhada por uma “falha do direito privado” existe, *prima facie*, uma situação a justificar uma intervenção regulatória em defesa do interesse público ⁽⁴³⁸⁾.

As externalidades também podem ser, no entanto, positivas. Quer isto dizer que a actividade de uma empresa em vez de gerar apenas custos, pode gerar também benefícios para terceiros, sem que estes remunerem a empresa que gerou esses benefícios. Neste caso, a regulação justificar-se-á para promover a actividade e assegurar que a empresa ou empresas em causa são devidamente compensadas pelos benefícios sociais que geram (designadamente através da concessão de subsídios).

Outra condição necessária para que um mercado funcione é a existência de adequados níveis de informação, nomeadamente da parte dos consumidores. Com efeito, é essencial que todos os intervenientes no mercado, mas em especial os consumidores, estejam devidamente informados sobre as suas possibilidades de escolha (preços, qualidade, etc.) e, bem assim, sobre as reais implicações das suas escolhas.

Numa sociedade cada vez mais complexa e evoluída, é, no entanto, natural que os produtores tentem aproveitar-se do défice de informação de que a maior parte dos compradores sofre, para venderem os seus produtos ou prestarem os seus serviços. Deste modo, as situações em que não existe informação ou em que a mesma está

⁽⁴³⁸⁾ ANTHONY OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2004, p. 28.

distribuída de forma assimétrica, dando lugar a falhas de informação, são também consideradas como devendo ser corrigidas pela regulação pública.

Em quase todos os sectores podemos encontrar referências a obrigações de informação que impendem sobre os operadores.

Veja-se, por exemplo, o preâmbulo da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho ⁽⁴³⁹⁾, que refere o acesso a dados objectivos e transparentes do consumo como sendo um aspecto essencial do serviço prestado ao cliente. Deste modo, *“os consumidores devem ser donos dos seus próprios dados de consumo, preços associados e custos dos serviços para poderem convidar os concorrentes a apresentarem-lhes ofertas com base nesses dados”* ⁽⁴⁴⁰⁾. Da mesma forma, estabelece-se no artigo 40.º, número 1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro que *“as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público estão obrigadas a publicar e a disponibilizar aos utilizadores finais informações comparáveis, claras, completas e actualizadas sobre a qualidade de todos os serviços que disponibilizam (...)”* ⁽⁴⁴¹⁾.

Existem outros exemplos de falhas de mercado, mas estas são as situações que se verificam, com maior frequência, ao nível dos serviços económicos de interesse geral ⁽⁴⁴²⁾.

Deste modo, de acordo com esta vertente da Teoria do Interesse Público existe um evidente interesse público em regular os mercados, de forma a atingir elevados níveis de eficiência económica.

Nos últimos anos, têm surgido, no entanto, outras correntes, dentro desta mesma teoria, que sustentam que a regulação pode servir o interesse público não apenas de uma perspectiva económica (centrada na correcção das falhas do

⁽⁴³⁹⁾ Directiva que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho.

⁽⁴⁴⁰⁾ Cfr. Parágrafo 47 do Preâmbulo.

⁽⁴⁴¹⁾ Redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro. Em sentido idêntico, veja-se no sector postal o disposto no art. 37.º, n.º 1, al. c) da Lei 17/2012, de 26 de Abril. Outro exemplo são as obrigações em matéria de rotulagem de electricidade a que os comercializadores de electricidade se encontram sujeitos (cfr. art. 45.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro).

⁽⁴⁴²⁾ Para uma análise de cada um destes exemplos, bem como de outros exemplos de falhas de mercado, veja-se JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, pp. 57 e segs., GIANDOMENICO MAJONE, “Theories of regulation”, op. cit., pp. 28-29, STEPHEN BREYER, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982, pp. 15 e segs. (sob uma perspectiva crítica), CHARLES WOLF Jr, “A Theory of Nonmarket Failure: Framework of Implementation Analysis”, The Rand Paper Series, California, January, 1978, pp. 4 e segs.. Sobre a sua aplicação aos serviços de interesse económico geral, veja-se JOHN ERNST, *Whose utility? The social impact of public utility privatization and regulation in Britain*, op. cit..

mercado), mas também através da salvaguarda de outros valores colectivos que podem ser, inclusivamente, incompatíveis com os valores de mercado ⁽⁴⁴³⁾.

Deste modo, à tradicional concepção do interesse público visto, essencialmente, como um “interesse público económico”, estas novas correntes procuram aliar outros valores, nomeadamente valores políticos e sociais, recusando uma visão meramente “parcelar” do conceito.

Assim, para além da eficiência económica, o conceito de interesse público compreenderia também valores como a cidadania, a igualdade ou a segurança ⁽⁴⁴⁴⁾, a protecção do ambiente, a eficiência energética, valores para cuja protecção seria igualmente necessária a intervenção reguladora do Estado em nome de um interesse geral ou colectivo.

De acordo com MIKE FEINTUCK, “*se estas matérias não forem efectivamente reguladas, valores como a cidadania passam a ser deixados apenas para as forças do mercado, ameaçando, desta forma, a legítima expectativa democrática de uma cidadania igual para todos*” ⁽⁴⁴⁵⁾.

Deste modo, o conceito de interesse público, ao encerrar em si uma referência também a valores democráticos, não só justificaria a regulação de actividades económicas privadas, como legitimaria a prossecução de objectivos sociais ⁽⁴⁴⁶⁾.

A regulação é vista, assim, em última análise, como um meio através do qual a democracia acaba por sobrepor o interesse público aos interesses privados ⁽⁴⁴⁷⁾.

A maior fragilidade da Teoria do Interesse Público reside, porém, na dificuldade em identificar uma única concepção de interesse público. Com efeito, a principal crítica de que esta teoria é alvo prende-se, precisamente, com o facto de a mesma recorrer a um conceito demasiado vago (o conceito de interesse público), que pode revelar-se pouco operativo.

A indefinição do conceito conferiria, assim, uma maior margem de actuação aos reguladores permitindo, em última análise, que estes, agindo em nome de um “alegado interesse público”, acabem por favorecer interesses privados ⁽⁴⁴⁸⁾. É, aliás,

⁽⁴⁴³⁾ Cfr., em termos gerais, MIKE FEINTUCK, *The Public Interest' in Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, com indicação de outras obras sobre o mesmo tema.

⁽⁴⁴⁴⁾ Para uma referência à igualdade e à segurança enquanto objectivos políticos compreendidos no conceito de interesse público veja-se MARKUS M. MULLER, *The New Regulatory State in Germany*, op. cit., p. 25.

⁽⁴⁴⁵⁾ MIKE FEINTUCK, *The Public Interest' in Regulation*, op. cit. p. 251.

⁽⁴⁴⁶⁾ Idem, p. 252.

⁽⁴⁴⁷⁾ GREG PALAST et. al., *Democracy and Regulation. How the Public can govern essential services*, Pluto Press, Sterling, Virginia, 2003, p. 188.

⁽⁴⁴⁸⁾ Veja-se, por exemplo, o artigo de HAROLD DEMSETZ, “Why Regulate Utilities?”, publicado no *Journal of Law and Economics*, volume XI, Abril, 1968, em que o Autor desfere um violento ataque contra a teoria do monopólio natural, nomeadamente quando aplicada às “public utilities”, argumentando que nada naquela teoria leva à conclusão de que os preços

frequente acusar esta teoria de depositar uma excessiva confiança na experiência, bem como na competência dos reguladores como garantia para a prossecução do interesse público. De acordo com os seus críticos, o que se verifica, no entanto, na maior parte das vezes, é que os reguladores em vez de prosseguirem o interesse público se limitam a prosseguir interesses privados.

1.2.2. A Teoria dos Interesses Privados

No início dos anos setenta, um artigo publicado por GEORGE STIGLER, intitulado “The Theory of Economic Regulation” ⁽⁴⁴⁹⁾ viria a pôr, no entanto, em causa os pressupostos da Teoria do Interesse Público e, com isso, revolucionar toda a teoria da regulação ⁽⁴⁵⁰⁾.

De acordo com STIGLER, a principal razão para a existência da regulação pública não era a maximização da eficiência económica, mas sim a redistribuição da riqueza. O Autor assenta a sua premissa na constatação de que todas as empresas procuram maximizar os seus lucros e de que estes serão tanto maiores quanto menor for a concorrência, para concluir que a regulação existe não para prosseguir um qualquer interesse público, mas, apenas, porque favorece a indústria que dela beneficia. Deste modo, a regulação mais não seria do que uma forma de diminuir o número de empresas concorrentes num determinado sector e de subir os preços dos bens ou dos serviços.

A teoria centra-se na demonstração do que para STIGLER é um aspecto fundamental da sua conclusão, ou seja, de que as empresas (produtores) estão melhor colocadas do que os indivíduos (consumidores) para beneficiarem da regulação. Os argumentos são basicamente dois.

Por um lado, sendo as empresas de um determinado sector mais facilmente afectadas pela regulação do que os indivíduos em concreto, têm mais razões para procurarem apoio político, o que facilita, desde logo, a sua organização. Em sentido

praticados numa situação de economias de escala são mais competitivos do que os preços praticados por uma empresa não sujeita a regulação. Deste modo, conclui DEMSETZ, a única justificação para a regulação nas “public utilities” é a “inconveniência da concorrência”, ficando implícito no texto que esta é uma preocupação das empresas reguladas e não do público em geral (Idem, p. 61).

⁽⁴⁴⁹⁾ GEORGE J. STIGLER, “The Theory of Economic Regulation”, Bell Journal of Economics and Management Science, volume 2, n.º 1, Spring, 1971, pp. 3 e segs.. Este artigo é normalmente apontado como marcando o aparecimento da Teoria Económica da Regulação.

⁽⁴⁵⁰⁾ Em rigor, antes mesmo de STIGLER ter publicado este artigo, já outros Autores norte-americanos tinham defendido ideias próximas, nomeadamente dentro da Teoria da Escolha Pública (para uma referência a estes Autores, veja-se BARRY MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, op. cit, p. 112).

contrário, os consumidores são movidos por distintos interesses, dificilmente agrupáveis, pelo que têm maior dificuldade em organizar-se ⁽⁴⁵¹⁾.

Por outro lado, os políticos, à semelhança dos consumidores ou dos produtores, são igualmente orientados pela satisfação dos seus interesses pessoais, no caso, a aquisição de poder político, o que exige, naturalmente, dinheiro e votos. Ora, os produtores encontram-se em melhores condições para prestar o apoio de que os políticos necessitam, fazendo-o, no entanto, em troca de uma intervenção regulatória favorável aos seus interesses (na forma de tarifas reguladas, de restrições de acesso a uma determinada actividade, etc.).

Esta teoria acaba, assim, por explicar, em termos económicos, o fenómeno da captura dos reguladores pelos regulados que, pela mesma altura, motivava também um enorme interesse nos Estados Unidos ⁽⁴⁵²⁾. A expressão “captura” refere-se, precisamente, a esta situação em que o regulador modifica o seu comportamento tendo por base factores que lhe são externos e que, em última análise, são atribuíveis à actuação dos regulados.

Deste modo, de acordo com STIGLER, o poder político seria um “maximizador” da utilidade económica, influenciando a actividade das entidades reguladoras, em benefício dos operadores (produtores) e em detrimento dos consumidores.

A teoria assenta, no entanto, numa premissa que pode ser difícil de demonstrar na prática, ou seja, a de que as empresas de um determinado sector se encontram bem organizadas e agem racionalmente.

A verdade, porém, é que, a maior parte das vezes, é extremamente difícil identificar um interesse comum que seja capaz de semelhante mobilização. Pelo contrário, não é raro que empresas do mesmo sector tenham interesses opostos. Grande parte da regulação é, aliás, alimentada por interesses de um concorrente *versus* interesses de outro concorrente ⁽⁴⁵³⁾.

⁽⁴⁵¹⁾ Por outro lado, coloca-se também aqui o problema do denominado “free rider effect”, que neste caso concreto é potenciado pelo facto de quanto maior for o grupo, maior são as possibilidades de determinados indivíduos beneficiarem dos resultados da sua actuação, ainda que sem qualquer contribuição para a mesma, o que desincentivaria também a actuação e consequentemente a organização de grupos maiores com interesses difusos (designadamente de consumidores).

⁽⁴⁵²⁾ Esse interesse fica a dever-se, em parte, à obra de MARVIN BERNSTEIN, já anteriormente citada (*Regulating Business by Independent Commission*), publicada inicialmente em 1955. Nesta obra, o Autor descreve o “ciclo de vida das agências”, chegando à conclusão de que, em contraste com a fase da “idade jovem”, em que as agências são grandes entusiastas da regulação e da protecção do consumidor, durante aquilo que designa pela fase da sua “senioridade”, na melhor das hipóteses, as agências protegem o “status quo”, enquanto na pior das hipóteses, são capturadas pelos regulados que visam regular.

⁽⁴⁵³⁾ ROBERT TOLLISON, “Regulation and Interest Groups”, in AAVV, *Regulation. Economic Theory and History*, JACK HIGH (editor), Ann Arbor, The University of Michigan Press, Michigan, 1991, p. 64.

Por outro lado, a existência de subsídios cruzados, particularmente nos sectores das comunicações electrónicas, da energia e dos transportes, é apenas um dos vários exemplos que podem ser usados para demonstrar que a regulação não beneficia, sempre e apenas, as empresas reguladas, podendo beneficiar igualmente outros interesses, inclusivamente dos próprios consumidores (à custa dos operadores).

O modelo defendido por STIGLER viria a ser mais tarde desenvolvido pelos seus seguidores, destacando-se, em particular, os nomes de PELTZMAN e de BECKER.

PELTZMAN acrescentaria duas novas conclusões importantes à teoria inicial: por um lado, a constatação de que os reguladores não servem, em exclusivo, um único interesse económico (podendo servir quer os interesses dos operadores, quer dos consumidores) e por outro lado, que os custos do processo político não só limitam o tamanho do grupo dominante, mas também os seus ganhos ⁽⁴⁵⁴⁾. PELTZMAN parte, no entanto, da mesma dicotomia presente no trabalho de STIGLER, entre interesses dos operadores/produtores e interesses dos consumidores.

Para uma outra vertente da Teoria dos Interesses Privados, próxima da Teoria política dos Grupos de Interesses ⁽⁴⁵⁵⁾, a regulação de um determinado sector explica-se antes pela pressão que determinados grupos de interesses devidamente organizados e que defendem “interesses especiais” exercem sobre os reguladores (grupos de empresas, grupos de consumidores, grupos de ambientalistas ⁽⁴⁵⁶⁾).

De acordo com esta vertente, a dinâmica dos grupos de interesses seria especialmente visível numa fase anterior à intervenção pública. Com efeito, nesta fase, os grupos teriam maior facilidade em organizar-se de forma a influenciar o debate que antecede a aprovação de um determinado estatuto ou de uma determinada legislação.

A participação no processo político é, no entanto, dispendiosa, requerendo avultados meios financeiros, o que explica que os grupos mais representados pertençam, normalmente, ao sector empresarial. Esta é, aliás, uma das razões que normalmente é apontada como justificando o facto de os consumidores não estarem, regra geral, representados no debate regulatório.

⁽⁴⁵⁴⁾ SAM PELTZMAN, *Toward a More General Theory of Regulation*, Reprint n.º 71, American Enterprise Institute, Washington, DC, 1977 (publicado originalmente no *Journal of Law and Economics*, volume 19, n.º 2, August 1976).

⁽⁴⁵⁵⁾ GARY BECKER, “A Theory of Competition among pressure groups for political influence”, *The Quarterly Journal of Economics*, volume XCVIII, n.º 3, 1983, pp. 371 e segs..

⁽⁴⁵⁶⁾ Nalguns casos, alguns destes grupos de interesses podem ser considerados “grupos de interesses públicos” tendo em conta os interesses que defendem (por exemplo, os grupos ambientalistas). Não deixa, no entanto, de haver aqui uma lógica de grupo e de prossecução de um interesse em particular. Em todo o caso, pode dizer-se que nestes casos se estabelece, de alguma forma, uma ponte entre a Teoria do Interesse Público e a Teoria dos Interesses Privados.

A questão de saber, em última análise, quem influencia (*regulados, consumidores, grupos de interesses?*) quem (*legisladores (Congresso), agências reguladoras?*) tem mantido, portanto, a doutrina bastante dividida nos Estados Unidos.

De acordo, aliás, com a Teoria da Escolha Pública existiria uma analogia entre o processo de decisão regulatório e o mercado, sendo o processo político comparado a um mercado em que reguladores, regulados, consumidores e cidadãos trocam favores por medidas regulatórias que favoreçam os seus interesses. A regulação funcionaria, assim, de acordo com esta perspectiva, como um “bem” (uma *commodity*) que seria negociado pelo poder político em troca de votos, num contexto em que todos os actores procuram maximizar o seu bem-estar (à semelhança do que acontece no mercado).

Entretanto, os acontecimentos políticos e económicos que marcam o final da década de setenta, início da década de oitenta do século XX, nos Estados Unidos, acabariam por representar um enorme desafio para a Teoria dos Interesses Privados, em particular para a teoria formulada por STIGLER.

O movimento de desregulação que surge nos Estados Unidos neste período ⁽⁴⁵⁷⁾, em grande parte suportado e, nalguns casos, mesmo incentivado pelas empresas reguladas e por alguns reguladores ⁽⁴⁵⁸⁾, desmentia claramente a ideia de que a regulação governamental beneficiava os produtores, ao restringir a concorrência à custa dos consumidores.

Isto vai levar PELTZMAN a reformular a Teoria Económica da Regulação de modo a justificar, à luz dos pressupostos em que a mesma assentava, as alterações entretanto ocorridas. Deste modo, de acordo com PELTZMAN a razão para os regulados terem deixado de apoiar a regulação ficava a dever-se ao facto de os custos com a regulação, a certa altura, terem passado a exceder os seus benefícios, pelo que as empresas teriam passado a patrocinar a desregulação como forma de proteger os seus interesses ⁽⁴⁵⁹⁾.

⁽⁴⁵⁷⁾ E a que nos referiremos melhor no capítulo seguinte. Por enquanto, fica a ideia de que este movimento acabaria por implicar o desaparecimento ou, pelo menos, a diminuição em vários sectores económicos de um conjunto de medidas regulatórias, nomeadamente de condicionamentos relativamente à entrada de novos operadores.

⁽⁴⁵⁸⁾ Veja-se o exemplo da actuação da Civil Aeronautics Board, bem como da Interstate Commerce Commission, nos finais dos anos setenta, a favor da desregulação dos respectivos sectores (cfr. MARC ALLEN EISNER, *Regulatory Politics in Transition*, 2.^a edição, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 2000, pp. 190-192). Estas duas Comissões Reguladoras Independentes viriam, alias, a ser extintas durante as décadas de oitenta e de noventa.

⁽⁴⁵⁹⁾ SAM PELTZMAN, “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”, Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics, volume 1989, Washington, DC, 1989, pp. 1 e segs.. Para uma crítica a este artigo veja-se, no mesmo volume, os comentários de MICHAEL LEVINE e de ROGER NOLL, pp. 42 e segs.. PELTZMAN analisa, em particular, as transformações ocorridas no sector dos transportes (ferroviário, rodoviário e aéreo), das

Esta é, no entanto, apenas uma das críticas que tem sido apontada à Teoria dos Interesses Privados em geral. Outra crítica frequente é a de que nem sempre os políticos são movidos apenas pela satisfação dos seus próprios interesses, sendo a sua actuação determinada, muitas vezes, também por motivos ideológicos ou por puro altruísmo.

A maior crítica, porém, que é feita à Teoria dos Interesses Privados prende-se com a ausência de uma efectiva influência do poder político (sobretudo do Congresso) sobre os reguladores (no caso as Comissões Reguladoras Independentes). Na realidade, como é frequentemente referido, raras vezes os temas regulatórios merecem a atenção dos políticos de forma a justificar uma intromissão na actividade das entidades reguladoras. Por outro lado, estas entidades gozam, regra geral, de uma ampla margem de discricionariedade na sua actuação o que dificulta, à partida, qualquer tentativa de influência por parte de um determinado órgão político.

A estas críticas, os defensores desta Teoria respondem que os próprios reguladores, isto é, os membros das autoridades reguladoras, também procuram maximizar os seus próprios interesses (económicos, profissionais, sociais), sendo por isso directamente influenciados pelos regulados.

A verdade, porém, é que, não obstante as diversas críticas de que a Teoria dos Interesses Privados tem sido alvo, não deixa de ter uma clara virtude ao desmistificar a assunção “naïve” de que, por vezes, os defensores da regulação (e nomeadamente a Teoria do Interesse Público) partem de que os agentes públicos, ao contrário dos empresários ou dos consumidores, não são movidos por interesses próprios, mas apenas por mero altruísmo ⁽⁴⁶⁰⁾.

Neste mesmo sentido, RICHARD POSNER sublinha que, apesar das críticas que podem ser dirigidas à Teoria Económica da Regulação, a assunção geral de que esta teoria parte, de que o comportamento humano pode ser melhor entendido se for considerado como uma resposta de “rational self-interested beings” ao seu ambiente, deve ser aplicada extensivamente ao processo político ⁽⁴⁶¹⁾.

telecomunicações (serviços de longa distância), mercados financeiros, bancário e do petróleo. O Autor chega, no entanto, à conclusão de que a Teoria Económica da Regulação não consegue explicar a desregulação ocorrida nos sectores dos transportes rodoviários e das telecomunicações. Com efeito, nestes sectores, e ao contrário do que alegadamente aconteceu nos restantes sectores (essa não é, contudo, a opinião de MICHAEL LEVINE, nomeadamente em relação ao sector do transporte aéreo) a desregulação coincide com um momento em que a regulação trazia claros benefícios aos operadores (nomeadamente em termos de lucros).

⁽⁴⁶⁰⁾ JAMES Q. WILSON, “The Politics of Regulation”, in AAVV, *The Politics of Regulation*, JAMES Q. WILSON (editor), Basic Books, New York, 1980, p. 361.

⁽⁴⁶¹⁾ RICHARD POSNER, “Theories of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, volume 5, n.º 2, 1974, p. 356.

Esse seria, no entanto, de acordo com JAMES WILSON, o principal problema da teoria apresentada por STIGLER, e desenvolvida posteriormente pela Escola de Chicago, ou seja, não ter em conta, precisamente, as diferenças que existem entre economia e política ⁽⁴⁶²⁾.

Com efeito, refere WILSON que, ao contrário do mercado económico, onde cada um procura o mesmo, ou seja, a satisfação máxima das suas necessidades, na arena política é difícil encontrar um objectivo comum a todos os participantes. Por outro lado, o apoio dado a um determinado candidato não significa, automaticamente, um determinado resultado. Efectivamente, é bastante comum que os candidatos defendam determinadas ideias nos seus programas eleitorais que depois, uma vez eleitos, acabam por não implementar, adoptando, inclusivamente, nalguns casos, políticas de sentido contrário àquelas que defenderam inicialmente. Finalmente, outro dado a que se teria de ter atenção seria, segundo WILSON, que enquanto a ciência económica assume as preferências de cada indivíduo como um dado adquirido, a política esforça-se por alterar essas preferências.

A conclusão do Autor é, portanto, a de que *“a ciência da regulação segue diferentes caminhos, mobiliza diversos actores e tem consequências diferentes dependendo, entre outras razões, do nível de distribuição de custos e de benefícios gerado por uma determinada política”* ⁽⁴⁶³⁾. A justificação para a existência da regulação deveria ser, assim, analisada segundo este Autor, através da perspectiva dos custos e benefícios gerados por uma determinada medida e não da perspectiva dos interesses de um determinado grupo.

1.2.3. Análise crítica

Quais as conclusões que podemos retirar da análise da Teoria do Interesse Público e da Teoria dos Interesses Privados como formas de explicar a regulação?

A primeira conclusão, óbvia, e a que já fizemos referência atrás na introdução a este capítulo, é a de que nos encontramos perante duas perspectivas diferentes. De um lado temos uma perspectiva normativa sobre o que é que *deve* motivar a regulação, do outro uma perspectiva positiva sobre o que é que motiva a regulação, o que só por si justificaria, se outros motivos não existissem, as diferentes respostas a que chegam.

Com efeito, é quase como uma diferença entre a teoria e a prática. Se em teoria, a regulação deve prosseguir o interesse público (*aliás, que outra pode ser a*

⁽⁴⁶²⁾ JAMES Q. WILSON, “The Politics of Regulation”, op. cit., pp. 362 e segs..

⁽⁴⁶³⁾ Idem, p. 371.

justificação para a actuação dos poderes públicos num Estado de Direito?), na prática, o que se verifica é que a mesma acaba por favorecer, não poucas vezes, certos interesses privados em detrimento de outros.

Há, no entanto, um aspecto em comum entre as duas teorias. Qualquer uma delas parte, pelo menos na sua versão inicial (nomeadamente a Teoria do Interesse Público), de uma análise essencialmente económica, justificando a regulação quer com base em objectivos de eficiência económica (correção das falhas do mercado), quer de redistribuição de riqueza (entre produtores e consumidores).

Será, no entanto, que alguma destas teorias é mais “correcta” do que a outra?

A análise que fizemos permite-nos concluir que ambas têm pontos fortes, tal como também pontos fracos.

Vejamos as principais críticas que são feitas a cada teoria.

Em relação à Teoria do Interesse Público, é um facto que o conceito de interesse público é um conceito que pode ser considerado como um conceito indeterminado.

Em sentido formal, o conceito refere-se ao interesse de todos (da colectividade) por contraposição ao conceito de interesse privado que identifica apenas os interesses próprios (por natureza egoístas) de indivíduos ou de indivíduos devidamente organizados (nomeadamente em empresas). Em sentido material, o conceito de interesse público pode ter, porém, vários “conteúdos” (simultaneamente entendidos como objectivos a alcançar tendo em vista a satisfação de necessidades colectivas e como forma de legitimação de uma determinada intervenção pública): económicos (eficiência económica), igualdade, protecção do ambiente, segurança, nos serviços financeiros a gestão do risco, continuidade, regularidade e qualidade de um determinado serviço no caso dos serviços de interesse económico geral, entre outros (⁴⁶⁴).

A crítica que pode ser apontada à Teoria do Interesse Público, também pode ser, no entanto, apontada à Teoria dos Interesses Privados: muitos interesses públicos

(⁴⁶⁴) Como nota BARRY MITNICK, “(...) *atendendo à natureza do interesse público, em certa medida, muitas teorias do interesse público podem ser vistas como casos especiais das teorias do interesse privado*” (*The Political Economy of Regulation*, op. cit., p. 109). MICHAEL LEVINE e JENNIFER FORRENCE estabelecem a este propósito uma distinção entre interesse público e interesse privado (que estão relacionados com uma determinada motivação) e interesses gerais e interesses especiais (cuja distinção assenta na sua maior ou menor aceitação pela comunidade). Neste sentido, de acordo com os Autores, “(p)olíticas ou acções, sejam motivadas por preferências privadas ou públicas, podem ser definidas como interesses gerais ou interesses especiais, dependendo do tipo de apoio que recebem da generalidade da comunidade, se a informação, educação, organização e motivação for igual a zero” – cfr. MICHAEL LEVINE / JENNIFER FORRENCE, “Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, volume 6, Special Issue: Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990, 1990, p. 176.

(alguns dos quais contraditórios entre si), mas também muitos interesses privados diferentes.

Com efeito, em relação à Teoria dos Interesses Privados, e concretamente à Teoria Económica da Regulação, se é verdade que algumas medidas regulatórias em vez de favorecerem o interesse público, acabam por favorecer o interesse dos regulados, limitando a concorrência ⁽⁴⁶⁵⁾, não deixa também de ser verdade que existem outros interesses privados (dos consumidores ou de certos grupos de interesses, por exemplo) que justificam igualmente certas medidas regulatórias. Neste sentido, as variantes pluralistas da Teoria dos Interesses Privados fornecem uma melhor explicação da regulação do que a Teoria Económica da Regulação.

Refira-se, aliás, que o objectivo da redistribuição da riqueza, que é criticado por STIGLER e pelos seus seguidores, pode configurar um verdadeiro interesse público, tal como também o é a correcção das falhas do mercado. A existência, em determinados sectores (nomeadamente das indústrias de redes), de subsídios cruzados entre pequenos e grandes consumidores é um bom exemplo disso mesmo. Neste caso, mais do que favorecer os interesses de um grupo em detrimento de outro, o que está em causa é assegurar a existência de iguais condições de acesso a serviços que são considerados essenciais e, portanto, em última análise, promover a existência de uma sociedade justa e igual para todos.

A maior crítica de que a Teoria dos Interesses Privados (e em particular, as suas vertentes da Teoria Económica da Regulação e da Teoria da Escolha Colectiva) tem sido alvo prende-se, no entanto, com a falta de demonstração empírica dos seus fundamentos conceptuais, associada a uma falta de previsão que deixaria por explicar, por exemplo, fenómenos como o movimento de desregulação iniciado nos Estados Unidos em finais dos anos setenta.

⁽⁴⁶⁵⁾ Nomeadamente, através do estabelecimento de requisitos de acesso a uma determinada actividade (e exigências de cumprimento, por exemplo, de *standards* ambientais), com isso dificultando a entrada de novas empresas no mercado e acabando por afastar a concorrência do sector, com implicações ao nível do preço dos produtos ou dos serviços. Um exemplo, entre nós, de uma medida deste género foi a manutenção, no sector do gás natural, de tarifas reguladas de venda de gás natural para os consumidores com consumos superiores a 2 milhões de metros cúbicos anuais (ou seja, clientes industriais). Com efeito, para muitos, esta medida apesar de “alegadamente” pretender proteger os referidos consumidores, destinava-se antes a proteger os interesses do incumbente do sector, ou seja, do operador que historicamente beneficiou de direitos exclusivos (a Transgás, SA), através da manutenção da sua carteira de clientes com base em tarifas altamente competitivas, fechando, desta forma, o mercado à entrada de novos operadores. De acordo com a Directiva 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho (art. 3.º, n.º 3), a existência deste tipo de salvaguarda (no caso, de tarifas reguladas de venda de gás natural) apenas se justificaria, no entanto, relativamente aos consumidores vulneráveis, o que manifestamente não seria o caso. Estas tarifas (bem como as tarifas reguladas para consumos superiores a 10 000 m³) foram, entretanto, extintas pelo Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de Junho.

Com efeito, não custa aceitar que os regulados (bem como outros interessados) tentem influenciar os reguladores (aqui considerando, em sentido amplo, quer o poder legislativo, quer as autoridades reguladoras em concreto) de forma a adoptarem medidas regulatórias que favoreçam os seus interesses ⁽⁴⁶⁶⁾, agora daí a concluir que a regulação é (sempre) o resultado dessa mesma influência, é um grande passo que necessita de demonstração, nomeadamente sobre a forma como se exerce essa influência e de resultados práticos que comprovem a existência da mesma.

Deste modo, apesar da grande atracção teórica que estas ideias têm exercido desde o início dos anos setenta, sobretudo, nos Estados Unidos, entre juristas, economistas, políticos e académicos, a verdade é que as mesmas têm pouca comprovação prática ⁽⁴⁶⁷⁾.

Estas e outras críticas levaram, recentemente, um outro Autor norte-americano, STEVEN CROLEY, a defender uma nova teoria da regulação, a Teoria do Processo Administrativo da Regulação (“administrative process theory of regulation”), a qual é construída a partir de uma crítica incisiva à Teoria dos Interesses Privados ⁽⁴⁶⁸⁾.

De acordo com o Autor, qualquer uma das tradicionais teorias da regulação acaba por ser uma teoria incompleta na medida em que não tem em consideração aquela que é, na perspectiva do Autor, a premissa essencial de que se deve partir, ou seja, o “administrative process” que se encontra por detrás da actuação das agências reguladoras (que são, na verdade, os verdadeiros reguladores) ⁽⁴⁶⁹⁾.

Deste modo, de acordo com a Teoria do Processo Administrativo da Regulação, os resultados da regulação ficariam a dever-se às regras do procedimento administrativo (formal e informal) que as agências aplicam, bem como às motivações dos reguladores e ao ambiente institucional em que os mesmos decidem. A análise

⁽⁴⁶⁶⁾ Esta influência pode ser potenciada nos casos, como ainda acontece entre nós em relação a alguns dos tradicionais serviços públicos prestados em rede, em que o Estado actua, simultaneamente, como empresário (operador) e como regulador (ainda que através de Autoridades Reguladoras Independentes).

⁽⁴⁶⁷⁾ Para uma análise crítica da Teoria da Escolha Pública (englobando também a Teoria Económica da Regulação nesta designação), com citação de vasta bibliografia, veja-se o artigo de JESSICA LEIGHT, já citado, “Public Choice: A Critical Reassessment”.

⁽⁴⁶⁸⁾ STEVEN CROLEY, *Regulation and Public Interests: the possibility of good regulatory government*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2008. Em rigor, o Autor dirige as suas críticas à Teoria da Escolha Pública, onde inclui, no entanto, STIGLER e os seus seguidores. Este é apenas, portanto, mais um exemplo de como as delimitações em termos de Autores e de teorias neste campo são fluidas, o que nos levou, precisamente, a optar por tratar estas diferentes teorias sob a designação comum de Teoria dos Interesses Privados.

⁽⁴⁶⁹⁾ Sobre o conceito de “administrative process” no direito administrativo norte-americano e para uma sua comparação com os conceitos de “procedimento administrativo” e de “processo administrativo” nos países de tradição romano-germânica, como o nosso, veja-se o artigo de SÉRVULO CORREIA, “Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right”, in AAVV, *Values in Global Administrative Law*, GORDON ANTHONY et al. (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, em especial p. 318.

destes factores, em especial do procedimento administrativo aplicável à actuação das agências, leva CROLEY a concluir que as agências reguladoras gozam da autonomia necessária para prosseguir interesses gerais, sobretudo quando beneficiam de apoio político ou legal dos outros poderes constitucionais (Presidente e Tribunais) e ainda que esses mesmos interesses se mostrem em oposição com influentes interesses privados ⁽⁴⁷⁰⁾.

Independentemente das extrapolações que possamos fazer desta teoria para o modelo europeu de regulação dos serviços de interesse económico geral ⁽⁴⁷¹⁾ que nos ocupa em particular, a mesma tem a virtualidade, desde logo, de chamar a atenção para o facto de que a actuação dos reguladores não é arbitrária (obedecendo a um determinado procedimento legal) e de que a mesma se encontra sujeita a um controlo político e jurisdicional, o que ainda que não elimine em definitivo a possibilidade de influências (ou, pelo menos, a existência de tentativas de influência) de certos grupos de interesses, diminui significativamente as hipóteses de sucesso das mesmas.

Mas o que é que justifica a regulação, se não, em última análise, a defesa de determinados interesses?

Com efeito, no limite, qualquer medida regulatória pode ser sempre considerada como beneficiando ou favorecendo certos interesses em detrimento de outros (mesmo quando se trata de prosseguir o interesse público ⁽⁴⁷²⁾).

Uma comparação entre a Teoria do Interesse Público e a Teoria dos Interesses Privados leva-nos, portanto, à conclusão de que as mesmas, em lugar de se auto-excluïrem, complementam-se.

Assim, seja porque as falhas do mercado são menos comuns do que se poderia pensar ⁽⁴⁷³⁾, seja porque muitas vezes por detrás de alegadas “falhas do mercado” encontramos outras justificações para regular (interesses privados), a Teoria do Interesse Público não é a única explicação para a existência de regulação.

Da mesma forma, a regulação também não pode ser vista apenas como uma forma de limitar a concorrência e de favorecer determinados interesses privados,

⁽⁴⁷⁰⁾ STEVEN CROLEY, *Regulation and Public Interests: the possibility of good regulatory government*, op. cit., p. 239.

⁽⁴⁷¹⁾ Considerando, nomeadamente, a existência de distintos níveis de regulação (supranacional e nacional), cada um dos quais com características próprias, conforme veremos melhor adiante, no capítulo 3.

⁽⁴⁷²⁾ Por exemplo, mesmo a exigência de cumprimento, por parte dos operadores de determinado sector, de certos requisitos técnicos em nome da protecção do meio-ambiente pode ser vista, em última análise, como uma forma de limitar a concorrência e de fechar o mercado, já que nem todas as empresas terão condições para suportar financeiramente os custos que o cumprimento dessas medidas pode acarretar.

⁽⁴⁷³⁾ É a posição de CLIFFORD WINSTON, para quem as forças do mercado tendem a evitar a existência de potenciais falhas (*Government Failure versus Market Failure. Microeconomics Policy Research and Government Performance*, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, DC, 2006, p. 76).

nomeadamente os interesses dos operadores, à custa de outros interesses, designadamente dos consumidores. Com efeito, seja porque muitas vezes são os próprios regulados a defender a adopção de medidas desreguladoras, seja porque muitas medidas têm em vista a protecção de verdadeiros interesses públicos sendo mais do que meras intromissões na esfera de autonomia privada dos indivíduos e das empresas, a Teoria dos Interesses Privados acaba também por só fornecer parte da explicação.

Isto é especialmente evidente no caso da regulação dos serviços de interesse económico geral em que, atendendo à natureza dos serviços prestados e dos bens fornecidos (electricidade, gás natural, comunicações electrónicas, transportes, entre outros), a grande maioria das medidas regulatórias tem na sua base autênticas preocupações sociais e de satisfação de necessidades colectivas e não apenas meras preocupações económicas de certos grupos em particular ⁽⁴⁷⁴⁾.

O modelo europeu de regulação de serviços de interesse económico geral é, aliás, um excelente exemplo de que a regulação de questões mais económicas (como os monopólios naturais, a fixação de tarifas de acesso às redes ou a certos bens e serviços ou o estabelecimento de requisitos de acesso a determinadas actividades), pode ser conciliada com a regulação de valores não económicos, como são a continuidade, a regularidade e a qualidade do serviço, a acessibilidade, a protecção dos utentes e dos consumidores, a par da segurança do abastecimento, do acesso e da interligação ⁽⁴⁷⁵⁾.

Refira-se, aliás, que a concorrência (natural) entre diferentes interesses privados não tem de ser sempre, necessariamente, negativa.

Com efeito, a existência de diferentes interesses, muitas vezes opostos ⁽⁴⁷⁶⁾, não tem de ter como único resultado a promoção de um interesse privado em particular. Pelo contrário, pode conduzir a uma ponderação de todos esses interesses e, nesse sentido, a obtenção de uma solução equilibrada pode ser sinónimo de prossecução do interesse público.

⁽⁴⁷⁴⁾ De acordo com o Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270 final, de 21 de Maio de 2003), os serviços de interesse geral “(...) incidem na questão central do papel das autoridades públicas numa economia de mercado, garantindo, por um lado, o bom funcionamento do mercado e o cumprimento das regras por parte de todos os intervenientes e, por outro lado, salvaguardando o interesse geral, em especial a satisfação das necessidades fundamentais dos cidadãos e a preservação dos bens públicos sempre que o mercado não logra garanti-lo” (parágrafo 4.º).

⁽⁴⁷⁵⁾ Valores referidos no Livro Verde e retomados no Livro Branco sobre Serviços de Interesse Geral (COM (2004) 374 final, de 12 de Maio de 2004).

⁽⁴⁷⁶⁾ Para além da tradicional oposição entre os interesses dos operadores e os interesses dos consumidores, há que contar também com divergências dentro dos próprios grupos, por exemplo, interesses dos incumbentes e interesses dos novos operadores; interesses dos pequenos consumidores e interesses dos grandes consumidores.

Como é que se faz, no entanto, essa ponderação? Quais os critérios para ordenar os diferentes interesses privados e para garantir a prossecução do interesse público? No nosso ordenamento jurídico, a resposta encontra-se na Constituição (nomeadamente no catálogo de direitos fundamentais) e nos princípios que regem a actividade administrativa, nomeadamente proporcionalidade, igualdade, imparcialidade, transparência ⁽⁴⁷⁷⁾, justiça e boa-fé.

Por conseguinte, o importante, no final, é garantir que a escolha dos interesses que determinaram a adopção de um determinado tipo de intervenção regulatória foi feita respeitando os princípios constitucionais e legais que devem orientar a actuação das entidades públicas e que a mesma pode ser (sempre) fiscalizada pelos Tribunais.

Deste modo, é possível conciliar os contributos da Teoria do Interesse Público e da Teoria dos Interesses Privados sobre os motivos que explicam a regulação. Com efeito, ambas as perspectivas adoptadas sobre a questão de saber quais são as justificações para a existência de regulação são válidas e devem ser tidas em consideração quando se procuram desvendar os fundamentos de uma determinada medida regulatória.

O mais importante, porém, é reconhecer que o estudo da regulação dos tradicionais serviços públicos é, essencialmente, um processo aberto que não pode, nem deve, ser reduzido a nenhuma lógica em particular, económica ou de outro tipo ⁽⁴⁷⁸⁾.

⁽⁴⁷⁷⁾ Uma concretização deste princípio pode ser encontrada nos processos de consulta pública implementados pelas diferentes Autoridades Reguladoras Independentes e que possibilitam a participação e intervenção dos vários interessados na discussão das medidas a adoptar num determinado sector.

⁽⁴⁷⁸⁾ TONY PROSSER, "Theorizing Utility Regulation", *Modern Law Review*, 62, 1999, p. 217.

2. Regulação, Desregulação e Neoregulação

Como referimos no capítulo anterior, uma razão (porventura a mais difundida) para a intervenção do Estado no mercado, através da regulação, é a correcção do que a economia neo-clássica convencionou designar por falhas do mercado.

A análise das teorias da regulação mostra-nos, no entanto, que esta é apenas uma das várias explicações possíveis. Com efeito, para alguma doutrina, a regulação não é mais do que uma forma de satisfazer certos interesses privados em detrimento do interesse geral, o que está na origem de fenómenos como a captura dos reguladores pelos regulados.

Ora, este é apenas um dos exemplos do que pode ser uma falha da regulação. Existem, no entanto, outros. Assim, às falhas do mercado contrapõem-se, por sua vez, as falhas da regulação.

Foi, aliás, a consciência do risco de existência de falhas da regulação que esteve por detrás do movimento que ficou conhecido pelo nome de desregulação e que se desenvolveu nos Estados Unidos nos finais dos anos setenta do século passado.

Com efeito, nesta altura, eram muitos os que consideravam que a intervenção regulatória do Estado podia funcionar, afinal, como uma forma de eliminação da concorrência ou, pelo menos, como uma forma de a distorcer, defendendo, por isso, a sua substituição pelo mercado.

Este movimento daria lugar, algumas décadas mais tarde, ao aparecimento de um outro movimento de reforma da regulação que ficou conhecido pelo nome de “smarter regulation” nos Estados Unidos e de “better regulation” em Inglaterra e na Europa e que, em vez da desregulação, propõe a adopção de uma nova regulação (que designamos por neoregulação), assente em instrumentos regulatórios menos intrusivos e, sobretudo, mais compatíveis com o funcionamento de um mercado competitivo e eficiente.

A nossa intenção no presente capítulo é examinar algumas das possíveis falhas da regulação e apresentar alternativas para a sua superação, no contexto da regulação dos serviços de interesse económico geral. Não se trata, porém, de uma análise descritiva dos movimentos de reforma da regulação que têm sido levados a cabo nos Estados Unidos ⁽⁴⁷⁹⁾ e mais recentemente nalguns países europeus.

Deste modo, embora servindo-nos do exemplo destes movimentos, o que propomos é diferente.

⁽⁴⁷⁹⁾ E a que já nos referimos na Parte I, capítulo 4.2.3, a propósito do estudo da evolução do modelo de Estado Regulador americano.

Assim, mais do que examinar a desregulação e a neoregulação enquanto políticas, o nosso objectivo é fornecer dados para o que em nossa opinião devem ser consideradas *técnicas* normais da regulação de um determinado sector económico, cuja adopção se pode ficar a dever não apenas à necessidade de resolver eventuais falhas da regulação, mas também à maturidade do sector (nomeadamente em termos da sua abertura à concorrência).

Com efeito, em certas situações, a redução ou eliminação de determinadas medidas regulatórias (desregulação) pode ser justificada não apenas como uma consequência directa da existência de falhas da regulação, mas do próprio amadurecimento do sector. Por outro lado, se há situações em que certas falhas da regulação podiam ser evitadas *ab initio*, através da adopção de determinados instrumentos regulatórios, outras situações há em que essas falhas só se tornam evidentes com a maturidade do processo de regulação, tornando necessária a adopção de um novo tipo de medidas em substituição das anteriores (neoregulação).

Deste modo, mais do que “movimentos históricos”, desregulação e neoregulação são *estádios* que fazem parte da evolução do processo de regulação de um sector (não tendo, necessariamente, que suceder uma à outra) e que justificam a adopção, consoante os momentos, de determinados instrumentos (jurídicos, económicos).

Isto significa, portanto, que, adoptando esta perspectiva, quer a desregulação, quer a neoregulação, não podem ser consideradas em abstracto, necessitando de ser analisadas no contexto concreto de um determinado mercado. Em todo o caso, isto não nos impede de avançar algumas pistas sobre a sua aplicação aos serviços de interesse económico geral.

Antes de continuar, torna-se, porém, necessário fazer algumas precisões sobre a utilização do conceito de desregulação. Efectivamente, não é raro ver este conceito confundido com os conceitos de liberalização ou de privatização que têm marcado o panorama europeu desde os anos oitenta do século XX.

Esta correspondência não é, no entanto, em nossa opinião, inteiramente correcta.

Sem dúvida que, tanto a liberalização, como a privatização, como a desregulação representam, na sua origem, uma reacção contra uma intervenção alegadamente excessiva do Estado. O contexto em que surgem é, porém, manifestamente diferente.

Assim, enquanto na Europa (com a Inglaterra à frente) se dava início nos anos oitenta, a ritmos distintos, a um ambicioso programa de privatizações e à liberalização de sectores como as comunicações electrónicas, os serviços postais, os transportes

ou a energia, nos Estados Unidos, depois de várias décadas de regulação pública, iniciava-se, nos mesmos sectores, um processo inverso de desregulação.

O que têm em comum a desregulação nos Estados Unidos e os movimentos de liberalização e de privatização vividos na Europa no mesmo período, para além da sua coincidência temporal?

A revitalização do mercado e a defesa de uma redução da intervenção pública⁽⁴⁸⁰⁾.

No entanto, enquanto na Europa se tratou da abertura ao mercado de sectores tradicionalmente organizados sob a forma de monopólios públicos e da sua passagem para o sector privado, nos Estados Unidos tratou-se da redução ou eliminação de constrangimentos (regulatórios), impostos pelo Estado, à actividade económica privada (nalguns casos organizada sob a forma de monopólios privados).

Deste modo, em nossa opinião, o conceito de desregulação foi erradamente importado do ordenamento americano para o ordenamento europeu, onde tem sido usado indistintamente com os conceitos de liberalização e de privatização.

A “confusão” entre os conceitos pode ser, no entanto, explicada não só pela referida coincidência temporal na sua utilização, mas também por uma definição demasiado genérica do próprio conceito de regulação. Com efeito, e conforme referimos no capítulo anterior, quando analisámos o conceito de regulação, alguns Autores identificam o conceito de regulação com o conceito, mais vasto, de intervenção (pública). Deste modo, seguindo esta definição, a “desintervenção” do Estado (traduzida na privatização e na liberalização de serviços públicos) tenderá a ser vista como uma forma de “desregulação”, tomada a palavra no seu sentido literal⁽⁴⁸¹⁾.

Encontramo-nos, no entanto, perante conceitos cujo verdadeiro sentido só pode ser completamente apreendido no modelo de Estado em que surgem e se desenvolvem. Ora, de acordo com a análise que fizemos na Parte I, a evolução das formas de intervenção do Estado na economia foi diferente na Europa e nos Estados Unidos.

⁽⁴⁸⁰⁾ GIANDOMENICO MAJONE / ANTONIO LA SPINA, “Deregulation” e privatizzazione: differenze e convergenze”, *Stato e Mercato*, 35, 1992, p. 267.

⁽⁴⁸¹⁾ Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, op. cit., p. 19. VITAL MOREIRA distingue, no entanto, três vertentes do movimento de desregulação: “a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas mistas; a liberalização de actividades e sectores económicos, até então reservados para o sector público, ou pelo menos dependentes de concessão ou autorização pública (...); a desregulação propriamente dita, que consiste no aligeiramento ou eliminação do controlo público sobre a produção e o mercado de numerosas indústrias” (idem, p. 43). De acordo com o sentido adoptado no texto, para nós, a desregulação corresponde, apenas, à terceira e última vertente.

Assim, se existe uma influência americana na experiência europeia, ela verifica-se a partir do momento em que, após o início dos processos de liberalização e de privatização de sectores chave da economia, se criam as bases para o aparecimento de uma regulação pública da economia. No entanto, numa fase em que a Europa assumia a regulação como a nova forma de intervenção pública, nos Estados Unidos esta forma de intervenção era posta em causa (dando-se início ao movimento de desregulação).

Usando uma metáfora, podemos dizer que enquanto a privatização é um conceito que pertence à primeira geração, a desregulação pertence à terceira geração, sendo a segunda geração ocupada pela regulação. Deste modo, e ainda que os três conceitos pertençam à mesma “família”, encontram-se em estádios diferentes já que a privatização dá primeiro lugar à regulação que, por sua vez, apenas numa fase posterior, tenderá a conduzir à desregulação.

Deste modo, enquanto os Estados Unidos já se encontravam, na década de oitenta do século passado, no terceiro estágio (desregulação), a Europa, na mesma altura, apenas começava a dar os primeiros passos nos dois estádios iniciais (privatização e regulação).

Entretanto, nos países que iniciaram o seu processo de privatizações e de liberalização mais cedo – como a Inglaterra ⁽⁴⁸²⁾ – deu-se início, em meados da década de noventa, a um processo de reforma da regulação semelhante ao vivido nos Estados Unidos na década de oitenta.

Deste modo, embora partindo de estádios diferentes, pode dizer-se que nos encontramos actualmente (e finalmente), dos dois lados do Atlântico, em momentos semelhantes quanto à análise e discussão de conceitos como desregulação e neoregulação, o que se explica pela aproximação verificada, entretanto, entre os próprios modelos de Estado e a que já nos referimos na Parte I.

2.1. As falhas da regulação

Se as falhas do mercado são uma das justificações para a existência de regulação pública, isso não significa, no entanto, que não possam ocorrer também falhas da parte do Estado na regulação dos mercados.

As falhas da regulação surgem, normalmente, quando a regulação, em vez de ser sinónimo de eficiência e de bem-estar, acaba por criar mais ineficiências do que

⁽⁴⁸²⁾ Com efeito, quer a privatização, quer a liberalização dos tradicionais serviços públicos só ocorrerá, na maior parte dos restantes Estados-Membros, bastante depois, nos finais da década de noventa, sob influência do Direito Comunitário (que, por sua vez, foi directamente influenciado pela experiência britânica) – cfr. Parte I, capítulo 3.1.

numa situação em que o mercado se encontre desregulado. Estas situações podem ocorrer porque não existe verdadeiramente uma situação a carecer de regulação (nomeadamente porque não existe uma falha de mercado), ou porque nos casos em que se justifica a intervenção reguladora do Estado para resolver um problema ou um conjunto de problemas, esta não se verifica ⁽⁴⁸³⁾.

As situações de excesso de regulação ou, pelo contrário, de falta de regulação são então o que se costuma designar por falhas da regulação. Nuns casos, trata-se de situações que poderiam ser evitadas *ab initio*, noutros casos, são situações que apenas se tornam evidentes com o amadurecimento do sector.

O crescimento da intervenção pública indirecta nos mercados pode estar, assim, na origem do aparecimento de um novo conjunto de problemas ⁽⁴⁸⁴⁾, sobretudo se essa intervenção se traduzir numa limitação da concorrência, o que não deixa de ser um paradoxo, quando um dos objectivos da regulação é, precisamente, promover o mercado, mesmo onde se detectam certos constrangimentos ao seu funcionamento.

A verdade, porém, é que algumas medidas regulatórias acabam por ter um efeito contrário ao pretendido, podendo conduzir, em última análise, a uma distorção dos preços de mercado ou mesmo a uma menor qualidade dos serviços prestados. Existe, deste modo, um sério risco de, em determinadas situações, a regulação se poder tornar num verdadeiro obstáculo para o bem-estar económico e social em vista do qual é estabelecida ⁽⁴⁸⁵⁾, afectando operadores e consumidores.

É natural que na Europa, onde a experiência da regulação pública é mais recente, estas questões apenas tenham merecido a atenção da doutrina na última década. Nos Estados Unidos, porém, desde os finais da década de setenta do século XX que o tema das falhas da regulação tem estado no centro de um debate alargado entre juristas, economistas e políticos.

Com efeito, conforme referimos no capítulo anterior, a propósito da Teoria dos Interesses Privados, nos finais da década de setenta, eram já vários os Autores norte-americanos que denunciavam o facto de a regulação, em muitos casos, não ter em vista a promoção do interesse público, mas apenas a promoção de certos interesses privados, nomeadamente das empresas reguladas, sendo, desta forma, fonte de vários obstáculos ao funcionamento eficiente do mercado.

⁽⁴⁸³⁾ CLIFFORD WINSTON, *Government Failure versus Market Failure. Microeconomics Policy Research and Government Performance*, op. cit., pp. 2-3.

⁽⁴⁸⁴⁾ Para uma comparação entre as falhas da regulação e as falhas da propriedade pública, veja-se GIANDOMENICO MAJONE / ANTONIO LA SPINA, "Deregulation" e privatizzazione: differenze e convergenze", op. cit., p. 261.

⁽⁴⁸⁵⁾ Cfr. "The OECD Report on Regulatory Reform. Synthesis", Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1997, p. 5.

O fenómeno da captura do regulador pelos regulados é apenas, no entanto, um dos exemplos do que pode ser uma falha da regulação; os outros que normalmente são indicados são a criação de restrições desnecessárias ao funcionamento do mercado e a existência de assimetrias de informação. Vejamos cada um em particular.

A criação de restrições ao funcionamento do mercado pode ter na sua origem um conjunto bastante diferente de situações. Pode passar, nomeadamente, pelo estabelecimento de requisitos desproporcionados dos quais se faz depender, por exemplo, a emissão de uma licença de operação para o exercício de uma determinada actividade. A adopção de medidas deste género pode funcionar, portanto, como uma barreira à entrada de novos operadores (entrantes) no sector, beneficiando, em sentido inverso, os operadores já instalados (incumbentes ⁽⁴⁸⁶⁾).

É preciso, porém, distinguir entre os efeitos anti-competitivos que a regulação em geral pode ter ⁽⁴⁸⁷⁾, e aqueles que configuram verdadeiras falhas da regulação. Efectivamente, só estaremos perante uma falha da regulação quando a medida gera ineficiências injustificadas, ou seja, quando a mesma, sem qualquer fundamento, não contribui para o aumento do bem-estar geral.

Deste modo, apesar de a obrigação de existência de um serviço universal poder funcionar, em certos casos, como uma forma de beneficiar os incumbentes de um determinado sector que, pelo menos numa fase transitória, tendem a ser encarregados da sua prestação ⁽⁴⁸⁸⁾, a verdade é que o fundamento para a instituição de um serviço com estas características reside, em primeira linha, na protecção dos consumidores, nomeadamente daqueles que não têm condições para adquirir aqueles serviços num regime de mercado, não podendo ser, por isso, considerada uma falha da regulação ⁽⁴⁸⁹⁾.

⁽⁴⁸⁶⁾ O termo refere-se, no contexto europeu, a operadores que historicamente beneficiaram de direitos exclusivos e da ajuda pública.

⁽⁴⁸⁷⁾ Para uma referência genérica a alguns destes efeitos, nomeadamente nas indústrias de rede, veja-se MARK ARMSTRONG, "Regulation and inefficient entry: economic analysis and the British experience", in AAVV, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001, pp. 153 e segs..

⁽⁴⁸⁸⁾ Veja-se, aliás, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferido no processo n.º C-154/09, de 7 de Outubro de 2010, que condenou o Estado Português por não transposto correctamente para o direito interno a Directiva Serviço Universal (Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março), na parte relativa à designação do prestador ou prestadores do serviço universal e, em qualquer caso, de não ter assegurado a aplicação prática dessas disposições ao manter a PT Comunicações, SA como operador responsável pela prestação desse serviço, quando de acordo com a Directiva deveria ter sido lançado um concurso para a designação do novo operador, permitindo a outras entidades a possibilidade de participar.

⁽⁴⁸⁹⁾ Outro exemplo de uma medida regulatória que pode ser considerada anti-concorrencial, mas que não é uma falha da regulação (apesar de ser uma medida claramente discriminatória) é a possibilidade de serem aplicadas derrogações, no sector do gás natural, em matéria de livre acesso a novas infra-estruturas relativas a interligações, a armazenamento subterrâneo e a terminais de GNL, bem como aos aumentos significativos de capacidade nas infra-estruturas

O mesmo já não se poderá dizer, porém, de uma medida que exija a um novo operador, que queira exercer uma determinada actividade, o preenchimento de requisitos difíceis de cumprir pela maioria das empresas a actuar no sector ou que, à partida, apenas uma empresa (local ou regional) se encontra em condições de respeitar. Uma medida deste género não só não promove a concorrência, como ao criar restrições artificiais ao funcionamento do mercado, acaba por impedir o desenvolvimento tecnológico e a inovação de bens e serviços, contribuindo para a manutenção de preços elevados e com isso prejudicando os consumidores.

Outras vezes, acontece o inverso. Por exemplo, em certas situações, um determinado bem ou serviço pode ser mais apelativo para os consumidores no mercado regulado do que no mercado livre, o que pode acabar também por afastar os novos operadores que vêem assim dificultada a sua tarefa de entrada no mercado ⁽⁴⁹⁰⁾. Esta situação não determina, no entanto, só por si, a existência de uma falha da regulação. Para que isso aconteça será necessário analisar os pressupostos nos quais a referida medida assenta de forma a poder concluir, por exemplo, que não existem motivos que justifiquem a protecção de determinados consumidores através da fixação de tarifas reguladas ⁽⁴⁹¹⁾.

Outro exemplo de falhas da regulação é a existência de determinadas assimetrias de informação. A existência de diferentes níveis de informação é, aliás, um

existentes e as alterações das infra-estruturas que permitam o desenvolvimento de novas fontes de fornecimento de gás (cfr. art. 72.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro). Neste caso, estamos perante uma medida que se destina a incentivar o investimento em infra-estruturas de gás natural, permitindo ao investidor recuperar o investimento realizado.

⁽⁴⁹⁰⁾ Neste sentido, a Comissão Europeia no seu “Relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade”, dava precisamente nota, em 2009, de que *“os efeitos negativos dos preços regulados da energia continuam a constituir uma grande preocupação em termos de bom funcionamento do mercado interno da energia, dado que esses efeitos podem resultar numa distorção da concorrência (por exemplo, obstáculos à entrada de novos fornecedores e desincentivos à mudança de fornecedor) e não enviam os sinais certos em matéria de preços (influenciando investimentos e incentivos para a eficiência energética)”* (COM (2009) 115 final, de 11 de Março de 2009, p. 14).

⁽⁴⁹¹⁾ Foi o que aconteceu, designadamente entre nós, precisamente nos sectores da electricidade e do gás natural e que levou à extinção das tarifas reguladas de venda a clientes finais de electricidade com consumos em muita alta tensão (MAT), alta tensão (AT), média tensão (MT) e baixa tensão especial (BTE) e das tarifas reguladas de venda a clientes finais de gás natural com consumos anuais superiores a 10 000 m³, respectivamente (cfr. Decreto-Lei n.º 109/2010, de 29 de Setembro e Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de Junho). Com efeito, em qualquer um destes casos, estas medidas desregulatórias foram adoptadas por se entender que os mercados em causa apresentavam já suficiente liquidez, pelo que a existência das referidas tarifas reguladas ter-se-ia deixado de justificar (mantendo-se, no entanto, para os segmentos considerados mais vulneráveis), para além de constituir um entrave à entrada de novos operadores no mercado livre. Efectivamente, conforme se pode ler no preâmbulo de qualquer um daqueles diplomas, a aplicação de tarifas reguladas naqueles segmentos de mercado teria resultado de uma, mais do que discutível, concepção demasiado abrangente da figura do comercializador de último recurso.

daqueles casos que tanto pode estar na origem de uma falha do mercado, como dar lugar a uma falha da regulação.

Com efeito, e conforme tivemos oportunidade de referir quando analisámos a questão das falhas do mercado a propósito da Teoria do Interesse Público da regulação, produtores ou prestadores de serviços e consumidores não partilham as mesmas informações sobre um determinado bem ou um certo serviço, o que pode justificar a intervenção do Estado para corrigir essa situação, através da regulação.

A verdade, porém, é que são os regulados, e não os reguladores, quem possui informação concreta sobre o mercado, mesmo abstraindo da questão dos custos com a obtenção da informação ⁽⁴⁹²⁾. Este facto condiciona bastante a actividade dos reguladores que se baseiam, principalmente, nos elementos disponibilizados pelos operadores para tomarem as suas decisões (nomeadamente em matéria de fixação de tarifas, mas não só) ⁽⁴⁹³⁾.

Existe, no entanto, o sério risco de os operadores não só não disponibilizarem toda a informação que possuem sobre um determinado assunto, como também de, nalguns casos, manipularem a informação que fornecem ao regulador, dificultando desta forma a sua tarefa. Esta é, aliás, normalmente, uma das causas do fenómeno da captura dos reguladores pelos regulados. Mas existem outras.

Com efeito, e conforme referimos no capítulo anterior, a possibilidade de a actuação dos reguladores poder ser condicionada pela pressão de certos grupos de interesses (que pode ser exercida de diferentes formas, mais ou menos directas), levando à adopção de medidas regulatórias que favorecem determinados interesses privados em detrimento do interesse público, é outra das possíveis falhas da regulação.

O risco da existência de falhas da regulação pode acabar, assim, por conduzir a um círculo vicioso, traduzindo-se em verdadeiras falhas de implementação.

Com efeito, como notam alguns Autores, os problemas no processo de regulação (nomeadamente o fenómeno da captura dos reguladores pelos regulados)

⁽⁴⁹²⁾ Com efeito, à partida, os regulados têm mais recursos técnicos e financeiros do que os reguladores, o que lhes facilita o acesso a informações sobre o mercado. Mas não é só isso. Efectivamente, é natural que os regulados tenham acesso a dados sobre a sua actuação no mercado que, precisamente, por se tratar de dados internos à própria organização empresarial, os reguladores não estão em condições de conseguir, sem que os regulados os forneçam.

⁽⁴⁹³⁾ Cfr. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro (diploma que aprova os estatutos da ERSE), de acordo com o qual os operadores cujas actividades estão sujeitas à regulação da ERSE estão obrigados a prestar à ERSE toda a cooperação que esta lhes solicite para o cabal desempenho das suas funções, designadamente a informação e os documentos de que necessite.

acabam por pôr em causa a credibilidade da própria regulação desincentivando, em última instância, a implementação das medidas regulatórias ⁽⁴⁹⁴⁾.

A total ausência de regulação pública do mercado não é, porém, uma opção. Com efeito, quer porque o mercado não é perfeito e também tem falhas, quer porque existem outros valores igualmente merecedores de protecção (como a igualdade social, a segurança e a qualidade do serviço, a protecção do meio-ambiente, entre outros), será sempre necessária alguma forma de regulação pública.

Uma coisa parece, portanto, certa. Apesar do risco de existência de falhas da regulação, esta é necessária.

2.2. Desregulação ou Neoregulação: uma falsa questão?

O exemplo da experiência americana e mais recentemente da experiência europeia, onde as questões das falhas da regulação e da necessidade de encontrar soluções para as mesmas têm sido largamente debatidas, mostram-nos que não existem soluções perfeitas, nem tão pouco únicas ⁽⁴⁹⁵⁾.

Não estamos, portanto, neste sentido, perante uma alternativa entre desregulação ou neoregulação, entendida a primeira como a eliminação ou redução da regulação e a segunda como a adopção de um novo tipo de regulação. Não se trata, por isso, de uma verdadeira alternativa no sentido de que uma afasta a outra, pelo que, neste contexto, trata-se de uma falsa questão. Tudo depende, em última análise, do estado do sector e do seu amadurecimento.

Com efeito, existem situações em que certas medidas regulatórias podem vir a tornar-se desnecessárias levando à sua eliminação (por exemplo, em virtude de certos desenvolvimentos tecnológicos, o que é particularmente frequente nas indústrias de rede); existem, no entanto, outras situações em que a eliminação ou simplesmente a redução de determinadas medidas regulatórias se pode revelar arriscada, pondo em causa a satisfação de certas necessidades colectivas (nomeadamente nos sectores dos serviços essenciais), mas em que as medidas inicialmente adoptadas também se revelam pouco eficazes, tornando necessária a sua substituição por outras medidas ou por outro tipo de instrumentos.

Assim, seja porque certas medidas são estabelecidas apenas para vigorarem durante um período transitório, seja porque a regulação pública num determinado sector pode ter falhas (que se verificam desde o início ou que apenas se tornam

⁽⁴⁹⁴⁾ Cfr. SANDRINE LABORY / MARCO MALGARINI, "Regulation in Europe: Justified Burden or Costly Failure?", in AAVV, *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe*, GIAMPAOLO GALLI / JACQUES PELKMANS (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2000, p. 104.

⁽⁴⁹⁵⁾ Sobre a experiência americana veja-se Parte I, capítulos 4.2.3 e 4.2.4.

patentes com a evolução do processo de regulação do sector), ou porque com o amadurecimento do sector existe margem para outro tipo de intervenção regulatória, a melhor solução pode passar, nuns casos, pela eliminação ou redução dessas medidas (desregulação), enquanto noutros se pode traduzir na adopção de novas medidas ou de novos instrumentos regulatórios, em substituição dos anteriores ou em sua alternativa (neoregulação).

Podem ainda existir outras situações em que após se ter optado pela desregulação se conclui que o mercado necessita, afinal, de ser regulado. Neste caso, não se trata propriamente da substituição de umas medidas por outras de tipo diferente, mas da (re)introdução da regulação em domínios que tinham sido previamente desregulados ou que nunca foram objecto de regulação.

O conceito de desregulação, tal como o conceito de regulação, presta-se, porém, a várias interpretações.

Deste modo, para alguns, a palavra “desregulação” é uma caracterização demasiado simplista de um processo muito mais complexo que envolve a diminuição do controlo governamental sobre os preços e as condições de acesso num determinado sector, a reestruturação da indústria para facilitar a concorrência nalgumas actividades e melhor regulação noutras, uma regulação ambiental mais efectiva, bem como os esforços para aumentar a qualidade e a segurança dos produtos ⁽⁴⁹⁶⁾.

Pela nossa parte, preferimos adoptar, no entanto, um conceito mais restrito de desregulação, entendendo por esta a supressão ou diminuição de qualquer medida regulatória que tenha sido inicialmente implementada com o objectivo de condicionar ou influenciar um determinado aspecto do mercado. Deste modo, podem ser consideradas medidas desregulatórias a eliminação de tarifas reguladas, a eliminação de certos serviços do conceito de serviço universal num determinado sector, bem como a eliminação da exigência de comunicação dos contratos celebrados num determinado período ou a eliminação da exigência de prestação de uma caução previamente ao início do exercício de uma determinada actividade.

A desregulação não se confunde, porém, com o fenómeno mais geral de reacção ao que, por vezes, se designa por inflação normativa ⁽⁴⁹⁷⁾, em que se adoptam medidas destinadas a diminuir o volume ou o peso das normas jurídicas (desregulamentação). Esta questão não é nova, e verifica-se, em maior ou menor

⁽⁴⁹⁶⁾ Neste sentido, PAUL JOSKOW, *Deregulation: where do we go from here?*, op. cit., p. 1.

⁽⁴⁹⁷⁾ Sobre este fenómeno veja-se o artigo de CÉLINE WIENER, “L’ inflation normative et ses conséquences”, in AAVV, *Les Dérèglementations. Etude Comparative*, Institut Français des Sciences Administratives, Economica, Paris, 1988, pp. 47 e segs..

medida, em quase todos os países e em praticamente todos os sectores da vida económica e social.

Em relação ao conceito de neoregulação, o mesmo refere-se, conforme já adiantámos acima, à adopção de um novo tipo de regulação por comparação com a regulação tradicionalmente usada num determinado sector e que implica a utilização de novos instrumentos regulatórios menos intrusivos e nalguns casos mais flexíveis, mas cujo objectivo é igualmente condicionar a actuação dos operadores num determinado mercado.

Alguma doutrina designa esta nova forma de regulação por re-regulação ⁽⁴⁹⁸⁾. O termo neoregulação parece-nos, no entanto, mais adequado por duas razões. Por um lado, porque evita *confusões* com o termo “re-regulação” que é muitas vezes usado num outro contexto, como sinónimo de uma nova forma de regulação (privatização) por contraposição à propriedade pública (entendida esta também como uma forma de regulação, de acordo com a acepção mais geral, por nós criticada atrás, que identifica regulação com qualquer forma de intervenção pública) ⁽⁴⁹⁹⁾. Por outro lado, e este aspecto é, em nossa opinião, determinante, para sublinhar o facto de que não se trata, propriamente, de um “regresso ao passado”, mas sim da adopção de novos instrumentos jurídicos ou económicos que, nuns casos, substituem os antigos instrumentos, enquanto noutros fornecem soluções alternativas. Será o caso, por exemplo, da substituição da exigência de uma licença para exercer uma determinada actividade, por um regime de mera comunicação ao regulador, ou da instituição de um regime de acesso negociado a determinadas infra-estruturas em vez de um acesso regulado.

Para alguns Autores esta nova forma de regulação passa pela utilização de instrumentos próprios do direito civil em detrimento da utilização de instrumentos do direito público ⁽⁵⁰⁰⁾. Parece-nos, no entanto, que esta é uma posição demasiado restritiva que desvaloriza o facto de os “velhos” instrumentos típicos do Direito Administrativo e que têm sido usados pelo Estado na sua nova função de regulação (como a autorização ou o contrato) também serem capazes de se adaptarem aos novos tempos ⁽⁵⁰¹⁾.

Temos consciência, porém, de que em situações limite poderá ser difícil distinguir a desregulação da neoregulação; em todo o caso o que importa sublinhar é

⁽⁴⁹⁸⁾ Cfr., entre outros, GUIDO CORSO, “Attività económica privata e *deregulation*”, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1998 (3), p. 641.

⁽⁴⁹⁹⁾ GIANDOMENICO MAJONE, por exemplo, utiliza o conceito “re-regulação” neste sentido (cfr. “The rise of statutory regulation in Europe”, GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, p. 54).

⁽⁵⁰⁰⁾ GUIDO CORSO, “Attività económica privata e *deregulation*”, op. cit., p. 641.

⁽⁵⁰¹⁾ Reservamos, no entanto, esta análise para a Parte III desta dissertação.

que quer a desregulação, quer a neoregulação podem, afinal, significar uma nova forma de regulação ⁽⁵⁰²⁾, porventura mais desafiante do que a regulação tradicional e certamente não menos exigente para o Estado.

Como saber, porém, quando se deve enveredar pela desregulação ou pela neoregulação?

Se a decisão de desregular ou simplesmente de substituir um regime regulatório por outro diferente pode ter na sua base considerações apenas de ordem política, sendo reservada ao poder legislativo, nada impede, no entanto, que noutras situações a mesma não possa ser adoptada pelos próprios reguladores (poder executivo) com base numa análise económico-jurídica dos custos e dos benefícios que uma determinada medida regulatória comporta, seja isoladamente, seja por referência às suas alternativas ⁽⁵⁰³⁾.

A análise dos custos, bem como dos benefícios de uma determinada intervenção regulatória é, aliás, um conceito-chave das políticas da “smarter regulation” e da “better regulation”, que se encontra bastante desenvolvido nos Estados Unidos, sendo usado pelas agências reguladoras pelo menos desde a década de oitenta (designado por “Costs And Benefits” ou CAB) ⁽⁵⁰⁴⁾ e que mais recentemente tem merecido também grande interesse na Europa a propósito da avaliação do impacto regulatório (“Regulatory Impact Assessment” ou RIA).

Existem, no entanto, sectores em que esta análise pode não ser suficiente. O caso dos serviços de interesse económico geral é, aliás, paradigmático. Com efeito, neste caso estamos perante bens essenciais (como a electricidade ou o gás natural ou as comunicações electrónicas), cujo fornecimento não obedece apenas a considerações de ordem económica.

⁽⁵⁰²⁾ Os movimentos de reforma da regulação, conhecidos como “smarter regulation” e “better regulation”, que referimos no capítulo 2.2.2., *infra*, defendem, aliás, a combinação destas duas técnicas (desregulação e neoregulação) tendo em vista uma regulação mais eficiente dos mercados.

⁽⁵⁰³⁾ SUZANA TAVARES DA SILVA refere, aliás, a este propósito, que se teria assistido nos últimos tempos a uma “neutralização do princípio da legalidade formal (em virtude) da ampliação dos domínios em que esta legalidade formal se limita a uma densidade meramente habilitante. O fenómeno foi exponenciado pelo desenvolvimento da regulação, pois as regras administrativas que “governam” os mercados e as actividades económicas livres são produto de princípios como a eficiência, a eficácia, a economicidade, o respeito pelos critérios materiais de serviço público e por critérios técnicos e de actualização tecnológica permanente e, mais recentemente, pela garantia da dignidade da pessoa humana (reconhecimento do mínimo de existência), não se circunscrevendo a normas legislativas de conteúdo predefinido. No domínio da regulação, as entidades administrativas, muitas delas constituídas como autoridades reguladoras pretensamente independentes do Governo, gozam de uma ampla margem de liberdade na criação das regras, limitada apenas pelos princípios substantivos (da eficiência, da prevenção ou da racionalidade económica) (...) e pela mera necessidade de uma lei formal habilitante” (Texto da conferência sobre “O princípio (fundamental) da eficiência”, proferida no IIIº Encontro de Professores de Direito Público, 15 de Janeiro de 2009, Porto, p. 14).

⁽⁵⁰⁴⁾ Cfr. Parte I desta dissertação, capítulos 4.2.3. e 4.3.

Estas e outras questões serão analisadas nos capítulos seguintes.

2.2.1. Os riscos da desregulação. A crise da Califórnia de 2000/2001.

A desregulação comporta um dilema. Com efeito, se, por um lado, a ideia de desregular soa bastante atractiva, sobretudo para os economistas (no sentido de que permite a remoção dos entraves e da burocracia que estorvam o funcionamento livre do mercado e dificultam o crescimento económico), a verdade é que, por outro lado, a mesma pode ser vista como representando um risco para os consumidores que passam a ficar expostos à exploração das empresas, as quais deixam de estar sujeitas ao controlo de um governo democraticamente eleito ⁽⁵⁰⁵⁾.

Este segundo aspecto é, sobretudo, patente em determinados sectores (nomeadamente no caso dos tradicionais serviços públicos económicos) em que a existência de concorrência sem qualquer regulação pública pode acabar por introduzir distorções tão ou mais graves do que as criadas pela própria regulação. Aliás, um dos riscos que se encontra normalmente associado à adopção de medidas desregulatórias é, precisamente, o receio da criação de desigualdades sociais, nomeadamente como consequência da eliminação de subsídios cruzados que beneficiam alguns consumidores à custa de outros ⁽⁵⁰⁶⁾.

É, portanto, natural que a desregulação acabe por gerar alguma oposição, nomeadamente dos grupos lesados, de facto ou em princípio, pela sua implementação.

A desregulação é, deste modo, apresentada muitas vezes como sendo prejudicial para os consumidores, já que a mesma pode ter como consequência uma subida dos preços, acompanhada de uma perda da qualidade dos produtos e dos serviços prestados, mas também para as empresas incumbentes que passam a ficar expostas a uma maior concorrência ou mesmo para as próprias administrações

⁽⁵⁰⁵⁾ TOM WEYMAN-JONES, "Deregulation", in AAVV, *Privatisation and Regulation. A review of the issues*, PETER M. JACKSON / CATHERINE M. PRICE (editores), Longman, London, 2004, p. 99.

⁽⁵⁰⁶⁾ A existência destes subsídios é um instrumento frequente de regulação de modo a diminuir, por exemplo, os custos das distâncias geográficas (nomeadamente ao nível do sector das comunicações electrónicas). Para uma análise crítica destes riscos, da perspectiva das indústrias americanas, consulte-se ROGER G. NOLL / BRUCE M. OWEN, *The Political economy of Deregulation. Interest Groups in the regulatory process*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, DC, 1983, pp. 53 e segs..

públicas que “*vêem reduzida a sua capacidade de actuação, a sua influência, o seu prestígio, vendo mesmo, por vezes, a sua instituição posta em causa*”⁽⁵⁰⁷⁾.

Para os partidários do mercado e da concorrência, que vêem na regulação um obstáculo ao funcionamento de um verdadeiro mercado e que, por isso, defendem a sua completa eliminação, estes “receios” apenas servem para distorcer o debate e prolongar a existência de regimes regulatórios obsoletos que têm como única finalidade proteger determinados grupos de interesses em detrimento do público em geral que tenderia a beneficiar mais com a existência de um sistema desregulado.

Um dos primeiros sectores a ser objecto de desregulação nos Estados Unidos foi o sector da aviação, ainda nos finais dos anos setenta. De acordo com PAUL BAUER, economista americano, a desregulação da indústria aérea foi uma experiência dolorosa para alguns passageiros, para os trabalhadores e também para as empresas⁽⁵⁰⁸⁾. O Autor concluiu, no entanto, em 1986, que, no final, os resultados teriam sido positivos, já que o número dos beneficiados era superior ao número dos afectados, podendo dizer-se que “*os consumidores estão a usufruir de um melhor serviço, a preços mais baixos, o emprego na indústria aumentou e as empresas de aviação obtêm, em geral, lucros mais elevados do que conseguiriam num cenário de regulação*”⁽⁵⁰⁹⁾.

Estas conclusões são, porém, relativas. Com efeito, não é difícil encontrar Autores a defenderem exactamente o oposto. Por outro lado, apesar da adopção de algumas medidas desregulatórias, isso não significou, como aliás acontece na maior parte dos sectores onde ocorrem experiências deste género, o fim da regulação pública nesse sector.

Tudo depende, afinal, da perspectiva que se adopte sobre os benefícios, bem como sobre os custos da desregulação.

Com efeito, existem casos em que a desregulação esteve longe de ser um sucesso. Um dos exemplos mais paradigmáticos, que é muitas vezes apresentado como *case study*, foi a crise eléctrica da Califórnia que se prolongou desde o verão de 2000 até à primavera de 2001.

No caso da electricidade (como, de resto, no caso de outros serviços de interesse geral, como o gás natural, os serviços postais ou as comunicações electrónicas) não se trata, apenas, de uma questão de procura, mas, essencialmente,

⁽⁵⁰⁷⁾ JACQUES CHEVALLIER, “Les Politiques de Déréglementation”, in AAVV, *Les Déréglementations. Etude Comparative*, Institut Français des Sciences Administratives, Economica, Paris, 1988, p. 38.

⁽⁵⁰⁸⁾ PAUL BAUER, “Don’t Panic”: A Primer on Airline Deregulation”, Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Review, 4th Quarter, 1986, p. 23.

⁽⁵⁰⁹⁾ Ibidem.

de uma questão de necessidade. Os “perigos” da desregulação nestes sectores acabam, assim, por assumir uma dimensão completamente diferente.

Isto não significa, no entanto, que não existam também situações que justifiquem a adopção de medidas desregulatórias. Podem dar-se, aliás, exemplos de situações em que a regulação é estabelecida apenas de forma transitória ⁽⁵¹⁰⁾ ou em que certas medidas inicialmente adoptadas podem acabar por se revelar um verdadeiro obstáculo ao funcionamento do mercado ⁽⁵¹¹⁾ e que justificam, em qualquer destes casos, a sua eliminação ou a sua redução.

A desregulação nestas áreas deve ser, contudo, acompanhada de especiais cautelas uma vez que está em causa a prestação de serviços essenciais. Com efeito, as consequências podem ser, nestes casos, devastadoras, quer pelos seus efeitos, quer pela sua dimensão. Basta atentar no exemplo (e nas lições) da crise eléctrica da Califórnia.

A crise eléctrica da Califórnia de 2000/2001

A crise eléctrica da Califórnia de 2000/2001 (também conhecida como o *blackout* da Califórnia) e que afectou mais de um milhão e meio de consumidores foi, para alguns Autores, “(...) a *“tempestade perfeita” em que várias causas coincidiram para criar a catástrofe*” ⁽⁵¹²⁾.

Longe, no entanto, de ser um “acidente fortuito”, esta crise veio antes pôr a descoberto algumas das falhas e dos riscos que a desregulação pode gerar num sector, como o eléctrico, com características bastante particulares ⁽⁵¹³⁾.

⁽⁵¹⁰⁾ CUÉTARA MARTÍNEZ refere-se, aliás, a dois tipos de regulação. De um lado, a *regulação de “transição para a concorrência”*, ou seja, a que organiza a transformação do sector tradicionalmente fechado, exercido em monopólio e com direitos exclusivos, tendo em vista a sua abertura a novos operadores e ao exercício do direito de livre escolha dos consumidores (ex. a regulação tarifária que deve manter-se enquanto não existir uma concorrência efectiva e com ela a livre formação de preços mediante o mecanismo da oferta e da procura). De outro lado, a *regulação que “garante a concorrência”* e que se destina a estabelecer as condições necessárias para que a concorrência se desenvolva eficientemente em condições de mercado (ex. a regulação das interconexões e do direito de acesso às redes nos sectores que delas dependem) (JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos”, in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 193).

⁽⁵¹¹⁾ Por exemplo, a existência de limitações à liberdade de contratar, a imposição aos operadores da obrigação de adoptarem uma determinada estrutura organizacional ou empresarial, o estabelecimento de requisitos para a entrada ou para a saída de uma determinada actividade, entre outras.

⁽⁵¹²⁾ MARC ALLEN EISNER et. al., *Contemporary Regulatory Policy*, op. cit., p. 298.

⁽⁵¹³⁾ Cfr. JEAN-MICHEL GLACHANT, “La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l’électricité?”, in AAVV

Com efeito, a natureza da electricidade (bem essencial, não armazenável, fonte estratégica essencial para a economia de um país) e as características próprias do sector (existência de monopólios naturais ao nível das redes, procura inelástica) fazem do sector da electricidade um sector especialmente vulnerável, nomeadamente a manipulações do mercado.

A história da crise começa com as medidas adoptadas pelo Estado da Califórnia, ainda nos finais da década de noventa, tendo em vista a desregulação parcial do sector, ao nível das actividades de produção e de fornecimento a grandes clientes. O objectivo era instalar um sistema de mercado, completamente concorrencial, livre da intervenção regulatória pública.

Deste modo, o acesso à actividade de produção de electricidade foi desregulado, permitindo-se a qualquer produtor a possibilidade de aceder à rede de transporte para vender a electricidade por si produzida ⁽⁵¹⁴⁾. Por outro lado, a electricidade produzida pelas centrais existentes, bem como pelas novas centrais passou a ser vendida num recém-criado mercado *spot*, gerido pela *California Power Exchange* (*California PX*), uma organização sem fins lucrativos, cuja administração estava entregue a representantes dos maiores grupos de interesses, bem como de grupos representativos do “interesse público”. Ao mesmo tempo, os consumidores domésticos passaram também a poder escolher o seu fornecedor (*competitive electricity service provider* (ESP)), podendo, no entanto, optar pelo “default service” do seu distribuidor local (*local utility distribution company* (UDC)), aplicando-se, neste caso, as tarifas fixadas pela Comissão Reguladora Independente do Estado da Califórnia (*California Public Utilities Commission* (CPUC)).

Perante este cenário, a desregulação (parcial) do sector eléctrico na Califórnia tinha tudo para ser um sucesso, servindo de modelo aos outros Estados americanos. Não foi isso, no entanto, o que aconteceu.

Assim, não obstante as medidas desregulatórias adoptadas e a existência de um mercado altamente competitivo ao nível da produção de electricidade ⁽⁵¹⁵⁾, a desregulação do sector esteve longe de representar uma diminuição do preço da

Les risques de régulation, MARIE-ANNE FRISON ROCHE (direcção), Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2005, p. 29.

⁽⁵¹⁴⁾ A construção de novas centrais continuou, no entanto, sujeita ao cumprimento de determinados requisitos, nomeadamente ambientais, pelo que esta “desregulação” foi, em certa medida, apenas parcial.

⁽⁵¹⁵⁾ As cinco maiores empresas produtoras de electricidade não chegavam a deter, em conjunto, 60% de quota de mercado (cfr. JEAN-MICHEL GLACHANT, “La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des reformes concurrentielles de l’électricité?”, op. cit., p. 33).

electricidade para os consumidores ou mesmo uma redução ou eliminação da regulação pública. Ao propósito não correspondeu, portanto, o resultado.

Deste modo, em vez de servir de modelo para outros Estados, a experiência californiana acabaria sim por determinar a suspensão de idênticos movimentos de desregulação que estavam, pela mesma altura, a ser preparados por outros Estados americanos ⁽⁵¹⁶⁾.

São várias as causas que costumam ser indicadas como tendo estado por detrás da crise, desde as condições climáticas, com um verão muito quente que levou a um aumento da procura e à diminuição da capacidade de resposta das centrais hidroeléctricas, ao atraso no processo de licenciamento e de construção de novas centrais eléctricas, até ao aumento dos preços do gás natural (sendo que muitas das centrais eléctricas eram abastecidas a gás natural) ⁽⁵¹⁷⁾.

Deste modo, ainda que o mercado (grossista) fosse perfeitamente competitivo, os preços de venda da electricidade a grandes clientes teriam sempre subido consideravelmente, atendendo às mudanças do lado da oferta e da procura verificadas durante este período na Califórnia ⁽⁵¹⁸⁾. A verdade, porém, é que o mercado não era perfeitamente competitivo.

Com efeito, para muitos, a verdadeira causa da crise foi a manipulação, por parte dos produtores de electricidade, do mercado *spot*, o que determinou ganhos consideráveis para essas empresas à custa dos consumidores e do Estado da Califórnia. *“É certo que, em circunstâncias favoráveis aos consumidores, os mercados concorrenciais incitam os produtores a produzir o mais possível e a vender o mais possível. Em certas circunstâncias desfavoráveis, estes mercados podem incitar os produtores a reduzir as suas ofertas para aumentar a escassez e vender mais caro”* ⁽⁵¹⁹⁾. Foi o que aconteceu na Califórnia.

⁽⁵¹⁶⁾ Para uma análise, Estado a Estado, dos processos de desregulação que estavam em curso neste período, alguns das quais chegaram mesmo a ser aprovados, e da influência que a crise californiana exerceu sobre os mesmos, veja-se E.L. FLIPPEN / A. MITCHELL, “Electricity utility restructuring after California”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 23, 2003, pp. 6 e segs.. Nem todos os Estados suspenderiam, no entanto, os seus processos de reestruturação do sector eléctrico, tendo alguns chegado mesmo a avançar com a implementação de medidas, não obstante o exemplo desastroso da Califórnia (idem, pp. 10 e segs.).

⁽⁵¹⁷⁾ Com uma referência a estas e a outras causas, veja-se PAUL JOSKOW, “California’s Electricity Crisis”, *Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2002-05*, Center for Business and Government, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, MA, 2002, pp. 31 e segs..

⁽⁵¹⁸⁾ Idem, p. 34.

⁽⁵¹⁹⁾ JEAN-MICHEL GLACHANT, “La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l’électricité?”, op. cit., p. 35.

A combinação dos factores descritos acima com uma série de falhas das centrais eléctricas durante o mesmo período, que determinaram, em variadas ocasiões, a suspensão do seu funcionamento, haveria de conduzir, assim, a uma subida vertiginosa dos preços no mercado grossista (que chegaram a ser dez vezes superiores aos preços praticados antes da crise). Apesar das insinuações de que as falhas no funcionamento das centrais eléctricas teriam sido intencionalmente “provocadas” pelos produtores, de forma a diminuir a oferta e a aumentar o preço da electricidade, as mesmas nunca chegaram, no entanto, a ser provadas.

Ora, não obstante os preços do mercado grossista não terem sido completamente “desregulados”, uma vez que os mesmos continuaram a ser objecto de supervisão pela *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), de acordo com o *Federal Power Act* ⁽⁵²⁰⁾, a FERC optou por deixar os produtores vender com base em preços de mercado (“market based rates”), quando estes demonstrassem que não tinham um significativo poder de mercado. Deste modo, de acordo com a interpretação da FERC do *Federal Power Act*, os preços seriam “justos e razoáveis” se reflectissem o jogo da oferta e da procura num mercado competitivo, sem significativo poder de mercado ⁽⁵²¹⁾.

A verdade, porém, é que como sublinham alguns Autores, é extremamente difícil demonstrar a existência de poder de mercado num sector como o sector eléctrico. De acordo com WOLAK, *“(d)ependendo das condições na rede de transporte e das decisões de operação de todos os participantes no mercado, quase todas as empresas possuem um poder de mercado substantivo, no sentido de que são capazes de influenciar significativamente o preço de mercado através das suas decisões unilaterais. Por outro lado, é extremamente difícil, se não mesmo impossível, determinar numa base prospectiva quando é que uma empresa possui um significativo poder de mercado, considerando a enorme incerteza das condições de funcionamento do sistema e dos incentivos que estas criam ao comportamento de outras empresas no mercado”* ⁽⁵²²⁾.

O problema, no entanto, é que na Califórnia os preços de venda no mercado retalhista continuavam a ser regulados para os consumidores que escolhessem não mudar de fornecedor, o que acabou por ter duas consequências.

Por um lado, com a subida dos preços da electricidade no mercado grossista, os fornecedores livres viam-se praticamente impossibilitados de competir com os preços

⁽⁵²⁰⁾ De acordo com o qual, a FERC deve assegurar que os preços de venda de electricidade são justos e razoáveis (“just and reasonable”).

⁽⁵²¹⁾ Cfr. PAUL JOSKOW, “California’s Electricity Crisis”, op. cit., p. 28.

⁽⁵²²⁾ FRANK WOLAK, “Diagnosing the California Electricity Crisis”, *Electricity Journal*, volume 16, n.º 7, August/September 2003, p. 14.

regulados praticados pelas *utilities* que não tinham em consideração a volatilidade dos custos com a aquisição da energia no mercado *spot*. Deste modo, e ao contrário de todas as expectativas, as *utilities* viram-se com uma carteira de clientes bem superior ao que esperavam. E isto levou à segunda consequência, bem mais dramática. Estando as *utilities* obrigadas a comprar a energia para fornecerem estes consumidores no novo mercado *spot*, depressa se viram confrontadas com um enorme problema financeiro, já que a existência de preços regulados, fixos, no mercado retalhista as impedia de reflectirem os custos de compra da energia no mercado *spot*, que continuavam a subir a um ritmo alucinante ⁽⁵²³⁾.

Apesar dos pedidos das *utilities* para que as tarifas reguladas fossem alteradas, de forma acompanhar a subida do preço da electricidade no mercado grossista, a CPUC não tomaria, no entanto, qualquer medida nesse sentido (é difícil, no entanto, de prever quais poderiam ter sido as consequências sociais de uma medida desse género, considerando a subida vertiginosa do preço da electricidade no mercado grossista).

Neste contexto, o colapso do sector tornou-se mais do que uma possibilidade para, no início de Janeiro de 2001, passar a ser uma realidade com duas das mais importantes *utilities* do Estado da Califórnia a ameaçarem a entrada em processos de insolvência ⁽⁵²⁴⁾ e com os consumidores a sofrerem cortes no fornecimento de electricidade durante os primeiros meses do ano. No final de Janeiro, a *California Power Exchange* abria mesmo falência.

O perigo de colapso generalizado do sector, com os consequentes riscos ao nível da segurança do abastecimento, obrigou a uma intervenção “in extremis” do Estado da Califórnia, de forma a estabilizar o mercado e a evitar a bancarrota imediata das empresas de distribuição de electricidade (que, por esta altura, já enfrentavam sérias dificuldades para abastecer os seus consumidores, com os produtores, perante os seus sucessivos incumprimentos, a recusarem-se a vender-lhes energia, sem a prestação de garantias adequadas de pagamento).

⁽⁵²³⁾ DANIEL McFADDEN, conhecido economista americano e vencedor do Prémio Nobel da Economia em 2000, escrevia em Fevereiro de 2001, num artigo publicado no *Wall Street Journal*, que “(a) *única solução efectiva para a crise é tornar a regulação das tarifas, no mercado a retalho, mais flexível, de forma a que os consumidores tenham consciência do preço real da electricidade e reajam a uma subida dos preços com um esforço de conservação que reduza a procura e obrigue os preços a descer. Do lado da oferta, o Estado deve incentivar o aumento da capacidade instalada, através dos sinais de mercado adequados, dando aos produtores a oportunidade de instalar centrais e de vender electricidade em condições comparáveis às dos outros Estados*” (“*California Needs Deregulation Done Right*”, *Wall Street Journal*, 13th February 2001).

⁽⁵²⁴⁾ A Pacific Gas & Electric (PG&E) e a Southern California Edison (SCE). A PG&E chegaria mesmo a abrir falência pouco tempo depois.

O Estado (através da *California Department of Water Resources* (CDWR)) viu-se, assim, obrigado a usar fundos públicos para comprar electricidade, evitando, desta forma, mais *blackouts*, tendo celebrado também contratos de longo prazo (entre 10 a 20 anos) com alguns produtores de electricidade de forma a garantir a segurança do abastecimento (estes contratos foram, no entanto, negociados numa altura em que o preço da electricidade no mercado grossista continuava ainda muito elevado, o que acabou por obrigar a uma subida dos preços no mercado retalhista). Em Agosto de 2001, foi também criada uma nova entidade estatal para negociar a construção de novas centrais de forma a assegurar o adequado abastecimento do Estado.

Deste modo, no início da primavera de 2001, “o sector eléctrico da Califórnia passou de um dos mercados eléctricos menos centralizado do mundo, para um sector essencialmente gerido pelo Estado, com as utilities relegadas para as tarefas mínimas de distribuição e de facturação” ⁽⁵²⁵⁾.

Neste processo, a actuação dos reguladores federais e estatais não ficou isenta de críticas. Com efeito, a *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) apesar de alertada para essa situação, pelos vários operadores, não tomou, porém, em devido tempo, as medidas adequadas, não tendo conseguido evitar a crise. Aliás, para alguns especialistas, a crise eléctrica da Califórnia mais do que uma crise económica, foi uma crise regulatória ⁽⁵²⁶⁾, em que quer a FERC quer a CPUC tiveram culpas.

Após várias pressões, a FERC acabaria por actuar de forma decidida, mas só depois do Estado da Califórnia ter sido obrigado a intervir para evitar o pior.

Desde modo, desde 2003, que a FERC obriga as empresas a comunicarem periodicamente todos os contratos de compra e venda celebrados, a curto ou a longo prazo, com indicação das partes, dos volumes, dos preços e da sua duração. Esta viria a ser, para alguns Autores, uma das consequências mais importantes da crise californiana, a instituição de uma polícia e de uma vigilância permanentes dos mercados concorrenciais ⁽⁵²⁷⁾.

A principal lição a retirar da crise eléctrica da Califórnia de 2000/2001 parece ser, portanto, clara: considerando a natureza do produto e do sector, torna-se inevitável a existência de alguma regulação pública de forma a evitar o exercício de poder de mercado ⁽⁵²⁸⁾.

⁽⁵²⁵⁾ ASHUTOSH BHAGWAT, “Institutions and long term planning: lessons from the Californian crisis”, *Administrative Law Review*, 2003/55, p. 111.

⁽⁵²⁶⁾ FRANK WOLAK, “Diagnosing the California Electricity Crisis”, *op. cit.*, p. 1.

⁽⁵²⁷⁾ Cfr. JEAN-MICHEL GLACHANT, “La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l’électricité?”, *op. cit.*, p. 38.

⁽⁵²⁸⁾ Cfr. MARC ALLEN EISNER et. al., *Contemporary Regulatory Policy*, *op. cit.*, p. 299.

Os Autores são, assim, hoje praticamente unânimes ao concluir que a FERC deve regular os mercados grossistas de electricidade, em vez de se limitar a monitorizar os mesmos ⁽⁵²⁹⁾, até porque as consequências de confiar unicamente no funcionamento do mercado para assegurar o fornecimento regular de electricidade, de qualidade e a preços baixos, foram desastrosas, como o exemplo da crise da Califórnia está aí para lembrar.

2.2.2. A neoregulação no contexto das políticas da “Smarter regulation” e da “Better regulation”

Nos últimos anos, as críticas ao movimento de desregulação (que conheceu o seu auge nos Estados Unidos nas décadas de oitenta e de noventa do último século) deram lugar ao aparecimento de um novo movimento de reforma da regulação conhecido como “smarter regulation” nos Estados Unidos ⁽⁵³⁰⁾ e “better regulation” na Europa. Não se trata, no entanto, apenas de uma mera diferença de expressões.

O movimento da “smarter regulation” encontra-se inicialmente ligado à actuação das agências reguladoras e à reforma da regulação económica, embora se tenha rapidamente expandido para outros domínios ⁽⁵³¹⁾.

Este movimento seria “importado” para a Europa, na década de noventa, através de Inglaterra ⁽⁵³²⁾, tendo recebido a designação de “better regulation”. Tal como nos Estados Unidos, em Inglaterra, pelo menos na sua fase inicial, o movimento, apesar de ter uma designação diferente, tem na sua origem as mesmas preocupações, ou seja, a constatação de que a regulação continua a ser precisa, mas que é necessário prestar maior atenção à selecção, bem como ao tipo de instrumentos que são adoptados, para que sejam alcançados os objectivos regulatórios ⁽⁵³³⁾.

As preocupações com a qualidade da regulação e a necessidade de promover uma reforma que combine regulação, desregulação e uma nova regulação em todos os sectores da actividade económica têm estado, aliás, também no centro das

⁽⁵²⁹⁾ Cfr. FRANK WOLAK, “Diagnosing the California Electricity Crisis”, op. cit., p. 18.

⁽⁵³⁰⁾ Cfr. o Relatório apresentado em 2002 ao Congresso, durante a Presidência de George W. Bush, pelo *Office of Management and Budget* (OMB), intitulado “Stimulating Smarter Regulation”.

⁽⁵³¹⁾ Nomeadamente para os domínios do ambiente, da segurança alimentar, da saúde e da higiene no trabalho.

⁽⁵³²⁾ Para a evolução do movimento em Inglaterra veja-se ROBERT BALDWIN, “Is better regulation smarter regulation?”, *Public Law* (Autumn), 2005, pp. 485 e segs..

⁽⁵³³⁾ ANTHONY OGUS, “Better regulation, Better enforcement”, in AAVV, *Better Regulation*, STEPHEN WEATHERILL (editor), Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 107.

atenções da própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) ⁽⁵³⁴⁾.

O movimento da “better regulation” acabaria por ser, entretanto, também adoptado pela União Europeia, embora com um âmbito diferente. Com efeito, a abordagem europeia encontra-se associada a um movimento mais geral de reforma que envolve, por um lado, a avaliação das opções políticas adoptadas pelas instituições comunitárias ⁽⁵³⁵⁾ e, por outro lado, a adopção de medidas de simplificação legislativa e administrativa e de redução da burocracia quer a nível comunitário, quer ao nível dos Estados-Membros ⁽⁵³⁶⁾.

Deste modo, e como é sublinhado por vários Autores, na Europa, “better regulation” tem significado, sobretudo, “melhor legislação” ⁽⁵³⁷⁾.

O que se deve entender, no entanto, por “better regulation” ou “smarter regulation” no contexto dos movimentos de reforma da regulação administrativa, entendida esta como uma forma de intervenção pública indirecta no mercado, tendo em vista a prossecução de objectivos económicos e sociais?

A resposta não é simples, ainda que, à primeira vista, pareça óbvia.

Em causa está, sobretudo, a procura de um equilíbrio mais satisfatório entre, por um lado, a necessidade de uma protecção adequada contra as falhas do mercado e as

⁽⁵³⁴⁾ Cfr. “The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis”, OECD, Paris, 1997 e mais recentemente o Relatório intitulado “OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance”, OECD, Paris, 2005.

⁽⁵³⁵⁾ Cfr. A primeira Comunicação da Comissão sobre a avaliação de impacto económico, social e ambiental de todas as principais iniciativas apresentadas pela Comissão na sua Estratégia Política Anual ou no seu Programa de Trabalho (COM (2002), 276 final, de 5 de Junho). Recentemente, a Comissão publicou novas orientações nesta matéria (cfr. “Impact Assessment Guidelines”, SEC (2009) 92, de 15 de Janeiro).

⁽⁵³⁶⁾ Cfr. A Comunicação da Comissão que aprova o Programa “Legislar melhor para o crescimento e o emprego na União Europeia” (COM (2005) 97 final, de 16 de Março de 2005). Mais recentemente, a Comissão, através da sua Comunicação sobre “Regulamentação Inteligente na União Europeia”, propôs a passagem do objectivo de legislar melhor para o de uma regulamentação inteligente (cfr. COM (2010) 543, final, de 8 de Outubro). A nível nacional, estas medidas tiveram acolhimento na Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, de 18 de Maio, que aprovou o Programa Legislar Melhor, de forma a implementar um conjunto de iniciativas em matéria de qualidade e eficiência dos actos normativos do Governo que estabeleçam parâmetros de exigência para o procedimento legislativo, em linha com as recomendações da União Europeia e de organizações internacionais a que Portugal está associado (nomeadamente a OCDE) (cfr. o Relatório publicado pela OCDE, em 2009, sobre Portugal e que faz parte de uma série de relatórios nacionais no âmbito do projecto lançado pela OCDE em parceria com a Comissão Europeia, sobre “Better Regulation in Europe: an assessment of regulatory capacity in 15 Member States of the European Union. Better Regulation in Portugal”).

⁽⁵³⁷⁾ Cfr. CLAUDIO M. RADAELLI / ANNE C. M. MEUWESE, “Better regulation in Europe: Between Public Management and regulatory reform”, Public Administration, 87, 2009, p. 642. Para uma comparação entre a evolução deste movimento de reforma nos Estados Unidos e na Europa, vejam-se também os mesmos Autores, pp. 644 e segs..

desigualdades que as mesmas criam, e, por outro lado, o respeito pela liberdade de iniciativa privada e o incentivo à inovação ⁽⁵³⁸⁾.

Como refere STEPHEN WEATHERILL, o desafio reside precisamente em descobrir o significado de conceitos como “equilíbrio mais satisfatório”, “protecção adequada” e a sua articulação com a liberdade de iniciativa privada, dentro do imenso leque de escolhas, bastante sensíveis, em relação à trajectória de uma economia mista num Estado moderno e num mercado europeu, transnacional, que se encontra em desenvolvimento ⁽⁵³⁹⁾.

A ideia principal passa, no entanto, por superar a tradicional dicotomia entre Estado e mercado, abrindo lugar a uma *“terceira fase” de regulação: uma fase que continue a envolver a intervenção pública, mas de uma forma selectiva, combinada com um conjunto de soluções baseadas em “market and non-market solutions” e em regimes públicos e privados* ⁽⁵⁴⁰⁾.

O acento tónico passa a ser posto, deste modo, na qualidade da regulação como pressuposto essencial para melhorar o desempenho do mercado, contribuindo, em última análise, para aumentar os níveis gerais de bem-estar.

O ponto de partida é, portanto, o de que a “boa regulação” (“good regulation”) continua a ser necessária e só a “má regulação” (“bad regulation”) deve ser eliminada ou substituída. Este objectivo deve ser alcançado mediante a adopção de novos instrumentos jurídicos e de regimes regulatórios mais flexíveis (em alternativa às tradicionais formas de regulação directa ⁽⁵⁴¹⁾), mas também através da avaliação da regulação e dos seus impactos económicos e sociais.

As propostas de “smarter” ou “better regulation” visam, assim, não apenas aperfeiçoar as medidas regulatórias em termos substantivos (neoregulação), mas também o processo de regulação. Não é só a regulação que tem de ser “smarter” ou “better”; o próprio processo de regulação também tem de o ser.

Neste contexto, a Avaliação do Impacto Regulatório (“Regulatory Impact Assessment”) (RIA)) nas suas modalidades de (i) análise das diferentes alternativas possíveis tendo em vista um determinado objectivo, de (ii) avaliação dos custos e dos benefícios de cada uma dessas alternativas, bem como das (iii) particularidades da sua implementação e aplicação, assume um papel central. Destas três modalidades

⁽⁵³⁸⁾ STEPHEN WEATHERILL, “The Challenge of Better Regulation”, in AAVV, *Better Regulation*, STEPHEN WEATHERILL (editor), Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 4.

⁽⁵³⁹⁾ Ibidem.

⁽⁵⁴⁰⁾ NEIL GUNNINGHAM / PETER GRABOSKY, *Smart regulation. Designing Environmental Policy*, reimpressão, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 10.

⁽⁵⁴¹⁾ Cujo exemplo paradigmático são as técnicas jurídicas de “command and control” que se caracterizam pela imposição de *standards* ou de objectivos e pela previsão de sanções para o caso dos objectivos não serem atingidos.

destaca-se, em particular, a avaliação dos custos e dos benefícios das medidas regulatórias.

O modelo de análise económica dos custos e dos benefícios foi implementado, nos Estados Unidos, a partir dos finais da década de setenta do século XX, servindo para orientar o processo de decisão das agências governamentais e também de algumas Comissões Reguladoras Independentes, de forma a aumentar a sua eficiência ⁽⁵⁴²⁾. O principal objectivo é avaliar os custos, bem como os benefícios de todas as alternativas regulatórias disponíveis (incluindo a possibilidade de não regulação), de forma a dotar as agências com os dados que lhes permitam escolher as opções que imponham os menores custos para um determinado conjunto de benefícios.

Trata-se de um procedimento sistemático que os reguladores se encontram obrigados a implementar e que se destina a influenciar o seu processo de decisão, ainda que não determine, necessariamente, o sentido da decisão final. A supervisão é feita a nível central, pelo *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) (que faz parte do *Office of Management and the Budget* (OMB), directamente dependente da Casa Branca).

Na Europa, este instrumento de avaliação ainda não se encontra, no entanto, institucionalizado ao nível do procedimento de actuação e de decisão das entidades reguladoras, sendo usado, sobretudo, ao nível do processo legislativo ⁽⁵⁴³⁾. Isto não

⁽⁵⁴²⁾ Cfr. Parte I, capítulo 4.3.. A adopção deste modelo de análise económica pelas agências governamentais foi imposta, primeiro, pela *Executive Order* 12 991, durante a Presidência de Ronald Reagan, tendo sido desenvolvida, mais tarde, durante a Presidência de Bill Clinton, através da *Executive Order* 12 866 (cfr. ROBERT HAHN, “Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the US and Europe”, *Journal of International Economic Law*, volume 8 (2), 2005, em especial pp. 474 e segs.).

⁽⁵⁴³⁾ No mesmo sentido, veja-se CLAUDIO M. RADAELLI / ANNE C. M. MEUWESE, “Better regulation in Europe: Between Public Management and regulatory reform”, op. cit., p. 645. Com efeito, conforme referimos atrás, apesar de a Comissão Europeia ter adoptado a avaliação do impacto regulatório como instrumento de avaliação, o mesmo tem um âmbito diferente, destinando-se a avaliar as suas principais políticas (cfr. nota de rodapé n.º 535). Existem, no entanto, alguns exemplos pontuais de aplicação deste modelo por organismos pertencentes à administração comunitária. Vejam-se, por exemplo, os casos de análise de custos-benefícios que a Agência Ferroviária Europeia está obrigada a implementar antes de propor determinadas medidas regulatórias (cfr. artigos 6.º, n.º 4 e 16.º-B, n.º 1, alíneas e), g) e h) do Regulamento (CE) n.º 881/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril). Em Portugal, foi também implementado recentemente um instrumento de avaliação semelhante mas apenas para avaliação do impacto dos actos normativos do Governo, de forma a assegurar a prévia avaliação dos encargos administrativos de cada nova regulamentação aprovada em Conselho de Ministros, antes da sua efectiva aplicação (trata-se do “teste Simplex” criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2006, de 18 de Maio e desenvolvido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 198/2008, de 30 de Dezembro). Em causa está, portanto, apenas a avaliação de determinados actos normativos, não sendo o mesmo extensivo ao processo de decisão das autoridades reguladoras independentes. Isto não significa, porém, que a título informal, as entidades reguladoras não acabem por se servir destes modelos de análise,

significa, no entanto, que na ausência de aplicação deste instrumento, os reguladores não devam orientar a sua actuação de acordo com o princípio da proporcionalidade ⁽⁵⁴⁴⁾, de que a análise custos-benefícios é, aliás, uma manifestação.

Com efeito, e olhando para o caso concreto do nosso país, não obstante as Autoridades Reguladoras Independentes não se encontrarem obrigadas a implementar um procedimento deste tipo, estão sujeitas, como qualquer outra entidade administrativa, a respeitar o princípio da proporcionalidade (nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) ⁽⁵⁴⁵⁾, bem como a fundamentar as suas decisões (nos termos do artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo). Estas entidades não se encontram, portanto, apenas obrigadas a *“actuar verificados os pressupostos justificativos da satisfação de determinada necessidade pública, como [têm] o dever de escolher o melhor meio ou o meio óptimo de concretizar esse interesse público, sob pena de uma prossecução deficiente e violadora do dever de boa administração”* ⁽⁵⁴⁶⁾.

A existência de um procedimento obrigatório e sistemático, como a Avaliação do Impacto Regulatório, pode funcionar, porém, não só como uma forma de legitimação da actuação dos reguladores ⁽⁵⁴⁷⁾, mas também de modo a auxiliar os Tribunais a julgarem as questões que lhes sejam submetidas e que envolvam um elevado grau de complexidade técnica, como são normalmente as questões regulatórias.

A verdade, porém, é que apesar destas vantagens, este instrumento e, em particular, o modelo de análise económica dos custos e dos benefícios, tem sido objecto de várias críticas ⁽⁵⁴⁸⁾.

ponderando os custos, bem como os benefícios de determinadas intervenções regulatórias e das suas respectivas alternativas.

⁽⁵⁴⁴⁾ E que é hoje reconhecido como um princípio geral do Direito da União Europeia (cfr. TAKIS TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2006, em especial, pp. 141 e segs.).

⁽⁵⁴⁵⁾ Pronunciando-se sobre o princípio da eficiência e, em particular, sobre a sua autonomia face a outros princípios constitucionais, designadamente o princípio da proporcionalidade, SUZANA TAVARES DA SILVA afirma que *“(...) a eficiência tem sido entendida sobretudo como um critério ou parâmetro de actuação e de decisão das entidades administrativas, controlado no quadro da dimensão informadora da racionalidade global do agir administrativo. Cura-se de avaliar as actuações administrativas (medidas) em função da relação custo-benefício (eficiência de custos), dos resultados (eficiência produtiva) e da alocação de recursos (eficiência alocativa), não como parâmetro autónomo legitimador da mesma em razão da sua eficiência, mas apenas de modo a apurar se o princípio da proporcionalidade foi ou não respeitado”* (“O princípio (fundamental) da eficiência”, op. cit., p. 4).

⁽⁵⁴⁶⁾ PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, volume II, Lex, Lisboa, 1995, pp. 639-640.

⁽⁵⁴⁷⁾ Sendo que nos Estados Unidos é ainda uma forma de exercer controlo político sobre as agências (da parte do poder executivo) - cfr. Parte I, capítulo 4.3..

⁽⁵⁴⁸⁾ Para a análise dessas críticas veja-se, em geral, ROBERT BALDWIN, “Better Regulation: the Search and the Struggle”, in AAVV, *The Oxford Handbook of Regulation*, ROBERT BALDWIN et al. (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 259 e segs..

Uma dessas críticas prende-se, desde logo, com a dificuldade em prever, e consequentemente em quantificar, os custos/benefícios que a aplicação de uma determinada medida pode originar. Com efeito, na maior parte dos casos é muito difícil antecipar quais podem ser os custos ou quais podem ser os benefícios de uma proposta regulatória ⁽⁵⁴⁹⁾. Esta análise é, aliás, particularmente difícil ao nível da avaliação de eventuais benefícios, sendo, à partida, sempre mais fácil identificar os custos. Por isso, é comum acusar este modelo de servir principalmente os interesses dos regulados, concentrando maiores atenções nos custos da regulação do que nos seus potenciais benefícios.

Outra crítica que é comum formular-se é a de que o modelo não permite avaliar, de forma adequada, a possibilidade de adopção de medidas alternativas.

Por outro lado, costuma também apontar-se o facto de que se trata de uma análise demasiado técnica e fundamentalmente económica, destinada sobretudo a avaliar (*ex-ante*) propostas de medidas e não a rever (*ex-post*) as medidas em vigor ⁽⁵⁵⁰⁾.

A grande crítica que se faz, no entanto, a estes procedimentos é a de que os mesmos criam mais burocracia e entraves ao funcionamento do mercado, do que aqueles que visam combater, contribuindo para atrasar a aprovação de novos regimes e criando novas dificuldades no processo regulatório ⁽⁵⁵¹⁾.

ROBERT HAHN pronunciando-se a propósito da crítica de que a análise custos-benefícios poderia ser, afinal, anti-regulatória, afirma, porém, que as ferramentas de análise económica não são, por natureza, “pró” ou “anti-regulatórias”, antes podendo ajudar, desde que usadas correctamente, a encontrar um equilíbrio adequado entre as várias alternativas possíveis ⁽⁵⁵²⁾.

⁽⁵⁴⁹⁾ Os dados empíricos disponíveis nos Estados Unidos demonstram, aliás, que, não obstante as agências se encontrarem obrigadas a implementar uma análise dos custos-benefícios das suas propostas de medidas, tal não só não elimina as ineficiências, como também pode nem sequer reduzi-las significativamente (CARY COGLIANESE, “Empirical Analysis and Administrative Law”, *University of Illinois Law Review*, 2002 (4), p. 1125).

⁽⁵⁵⁰⁾ Cfr. J. B. WIENER, “Better Regulation in Europe”, *Current Legal Problems*, volume 59, 2006, p. 513. CLAUDIO M. RADAELLI e FABRIZIO DE FRANCESCO referem, no entanto, que apesar de a Avaliação do Impacto Regulatório ser um instrumento, essencialmente, usado para estimar o impacto de propostas de regulação, também pode ser usado para examinar os efeitos das medidas em vigor, nomeadamente para eliminar constrangimentos ou para escolher a forma mais efectiva de simplificar a regulação (“Regulatory Impact Assessment”, in AAVV, *The Oxford Handbook of Regulation*, ROBERT BALDWIN et al. (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 280).

⁽⁵⁵¹⁾ Cfr. STUART SHAPIRO, “Assessing the Benefits and Costs of Regulatory Reforms: what questions need to be asked”, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, 2007, pp. 1 e segs..

⁽⁵⁵²⁾ ROBERT HAHN, “The Economic analysis of Regulation: a response to the Critics”, *University of Chicago Law Review*, volume 71, 2004, p. 1047.

Não obstante estas críticas, a verdade é que a Avaliação do Impacto Regulatório tem sido apresentada, conjuntamente com outros instrumentos, como as consultas públicas ⁽⁵⁵³⁾, como um instrumento central nas políticas da “smarter regulation” e da “better regulation” tendo em vista uma maior transparência, bem como uma maior qualidade do processo regulatório.

Isto, portanto, em relação ao processo regulatório e quanto ao aperfeiçoamento das medidas regulatórias em termos substantivos (neoregulação)?

Ora, a neoregulação insere-se precisamente neste movimento de reforma da regulação, mas não se confunde com os movimentos ou as políticas (mais abrangentes) da “smarter regulation” e da “better regulation”.

Com efeito, conforme referimos atrás, nos Estados Unidos estes movimentos encontram-se ligados, sobretudo, ao processo regulatório e ao controlo da actuação das agências reguladoras, enquanto na Europa as políticas da “better regulation” envolvem, principalmente, a escolha e avaliação de políticas públicas, bem como a modernização da administração pública através da adopção de medidas de simplificação legislativa e administrativa, relacionadas com a qualidade da legislação ⁽⁵⁵⁴⁾.

A neoregulação, enquanto técnica regulatória, partilha as mesmas preocupações de diminuição de constrangimentos ao funcionamento do mercado e de criação de condições que permitam o seu funcionamento de forma mais eficiente. Em causa está, no entanto, uma preocupação específica com o tipo de instrumentos que deve ser adoptado tendo em vista conciliar os valores do mercado com os interesses públicos que ao Estado cabe prosseguir em sectores concretos (nomeadamente, a segurança e qualidade do fornecimento, a protecção do ambiente, a igualdade social, o serviço universal, entre outros).

Deste modo, diferentemente das políticas da “smarter regulation” e da “better regulation” que não estão ligadas a nenhum sector em particular, a neoregulação tem de ser devidamente contextualizada, uma vez que a escolha dos instrumentos deve ser feita tendo em conta o sector em concreto e a sua evolução em particular.

No fundo, trata-se de uma espécie de uma nova fase de regulação (e que por isso mesmo depende do sector em concreto e da sua evolução) que tem em conta os

⁽⁵⁵³⁾ Este instrumento encontra-se previsto, entre nós, por exemplo, no sector das comunicações electrónicas em que se prevê que o ICP-ANACOM, sempre que pretenda adoptar medidas com impacte significativo no mercado relevante, deve publicitar o respectivo projecto, dando aos interessados a possibilidade de se pronunciarem em prazo fixado para o efeito (cfr. art. 8.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro).

⁽⁵⁵⁴⁾ ROBERT BALDWIN refere-se, aliás, ao movimento europeu da “better regulation” como uma *“iniciativa política que na sua origem repousa mais numa aspiração do que em clareza conceptual”* (“Better Regulation: the Search and the Struggle”, op. cit., p. 273).

problemas específicos verificados nesse sector (considerando, por exemplo, as falhas do mercado e eventuais falhas da regulação), e que procura encontrar respostas (substantivas, ao nível das medidas regulatórias) para ultrapassar os mesmos.

A neoregulação é, portanto, neste sentido, fundamentalmente, uma nova forma de intervenção pública num sector já regulado, que promove a utilização de instrumentos regulatórios mais flexíveis e mais orientados para o mercado (baseados, por exemplo, em formas de auto-regulação), seja em substituição dos instrumentos (jurídicos e económicos) em vigor, seja como sua alternativa, e que depende da evolução em concreto do sector em causa, nomeadamente do seu grau de abertura à concorrência ⁽⁵⁵⁵⁾.

Diferentemente da desregulação, que consiste, fundamentalmente, na eliminação de uma medida regulatória que tenha sido inicialmente implementada com o objectivo de condicionar ou influenciar um determinado aspecto do mercado, com a neoregulação o controlo público mantém-se, embora seja “aligeirado”.

2.3. Será a regulação transitória?

Não podemos terminar este capítulo sobre regulação, desregulação e neoregulação sem responder a uma pergunta que, quanto a nós, é fundamental para compreender esta nova forma de intervenção do Estado na economia: será a regulação, de acordo com a expressão inglesa, uma forma de “*holding the fort*” até que a concorrência chegue ⁽⁵⁵⁶⁾ ou será antes uma forma permanente de intervenção pública nos mercados que se justifica mesmo após a chegada da concorrência?

Trata-se de uma questão central para o nosso estudo que está longe, no entanto, de ter uma resposta evidente.

⁽⁵⁵⁵⁾ Dois exemplos relativamente recentes de utilização da técnica da neoregulação resultaram, entre nós, da revisão do regime regulatório do sector do gás natural, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de Junho que alterou o Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro. O primeiro exemplo prende-se com o regime de acesso à actividade de comercialização de gás natural, para o qual deixou de se exigir uma licença para o exercício desta actividade (excepto no caso de comercialização de último recurso), ficando os comercializadores apenas sujeitos ao seu registo na DGEG (art. 37.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011). O outro exemplo diz respeito ao acesso de terceiros às infra-estruturas do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) em que se abriu a possibilidade de as concessões para o armazenamento subterrâneo beneficiarem de um regime de acesso negociado, baseado em tarifas livremente negociadas com os respectivos utilizadores, em alternativa ao anterior sistema de acesso regulado (art. 24.-A.º aditado ao Decreto-Lei n.º 30/2006, pelo Decreto-Lei n.º 77/2011).

⁽⁵⁵⁶⁾ Cfr. “The Regulation of British Telecommunications’ Profitability” (também conhecido como Relatório Littlechild por causa do seu Autor), London Department of Industry, 1983. De acordo com a citação integral, “a regulação não substitui a concorrência, sendo apenas uma forma de “aguentar o forte” até que a concorrência chegue” (parágrafo 4.11).

Com efeito, ainda recentemente a Directiva 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, relativa ao sector das comunicações electrónicas, referia, no seu preâmbulo, que *“o objectivo consiste em reduzir progressivamente a regulação ex ante específica do sector para acompanhar a evolução da concorrência nos mercados e, em última análise, para que as comunicações electrónicas sejam regidas exclusivamente pela lei da concorrência”*.

Esta tem sido a posição tradicional que vê na regulação uma forma de intervenção pública indirecta nos mercados que apenas se justifica numa fase anterior (*ex ante*) à da sua completa abertura à concorrência, altura em que passariam a aplicar-se, em exclusivo, as regras da concorrência. O exemplo paradigmático é o estabelecimento de tarifas reguladas cujo principal objectivo é evitar o exercício de poder de mercado pelo incumbente até que o mercado apresente liquidez suficiente para permitir a formação de preços de venda com base, exclusivamente, no mecanismo da oferta e da procura.

De acordo com esta concepção, a regulação seria, assim, transitória, uma espécie de função pública “a prazo”, que serviria apenas para assegurar a passagem de um sector tradicionalmente fechado, organizado sob a forma de monopólio (público, no caso da Europa) para um regime de mercado e de plena concorrência. Na origem desta concepção está, portanto, em última análise, a ideia de que só a existência de um regime de mercado, livre e concorrencial, permite que os consumidores tenham acesso aos bens e serviços de que necessitam aos melhores preços e de acordo com os mais elevados padrões de qualidade.

A verdade, porém, é que, conforme referimos atrás, existem situações em que o mercado apresenta falhas, falhas essas que justificam, precisamente, a existência de regulação pública.

Este aspecto é particularmente relevante nas indústrias de rede, em que se questiona nomeadamente até que ponto a regulação, pelo menos das actividades organizadas sob a forma de monopólios naturais (como o transporte e a distribuição nos sectores da electricidade e do gás natural, por exemplo), será “apenas” transitória, uma vez que existem dúvidas relativamente ao facto de estas actividades poderem algum dia vir a funcionar em regime de plena concorrência.

Este argumento não é, no entanto, em nossa opinião, decisivo. Basta atentar no exemplo do sector das comunicações electrónicas em que os desenvolvimentos tecnológicos permitiram superar alguns dos tradicionais monopólios naturais do sector

(⁵⁵⁷). Deste modo, seria mais rigoroso dizer-se que a regulação destas actividades existirá enquanto a inovação tecnológica não permitir ultrapassar as suas limitações físicas.

Quanto a nós existe, porém, uma outra razão, essa sim determinante, para que a regulação não possa ser entendida como uma função pública “a prazo”.

Com efeito, de acordo com a definição de regulação que adoptamos, para além de objectivos económicos (como a promoção da concorrência), a regulação tem também objectivos sociais. No caso concreto dos serviços económicos de interesse geral trata-se de salvaguardar valores como a regularidade do serviço, a sua continuidade e qualidade, o respeito pelas regras ambientais e a existência de um serviço universal, entre outros valores que podem não ser satisfeitos através do simples funcionamento do mercado. Efectivamente, a existência de um mercado concorrencial pode não ser, só por si, suficiente para garantir o respeito por estes valores que não estão ligados a aspectos económicos, como o lucro (⁵⁵⁸).

Assim, de acordo com esta concepção, que é a que perfilhamos, a regulação não visa apenas o funcionamento do mercado em sentido estrito (nomeadamente protegendo os concorrentes em relação uns aos outros), mas destina-se, sobretudo, a proteger os consumidores (⁵⁵⁹) e o público em geral.

Deste modo, mesmo as actividades competitivas, ou seja, as actividades que são exercidas em regime de mercado e às quais se aplicam as leis da concorrência, devem ser sujeitas a alguma forma de regulação pública (*permanente*) (⁵⁶⁰). Vejam-se as lições da crise eléctrica da Califórnia.

(⁵⁵⁷) Existem, aliás, críticas sobre a manutenção de alguns monopólios “sob a capa” de serem naturais, alegando-se que semelhante situação apenas beneficia as empresas incumbentes (cfr. nota de rodapé n.º 437).

(⁵⁵⁸) Esta é também a opinião de MICHAEL GRENFELL, para quem a regulação tem uma “função social” que se traduz na satisfação de certas necessidades sociais que mesmo os mercados mais perfeitos não são capazes de satisfazer (MICHAEL GRENFELL, “Can Competition Law Supplant Utilities Regulation?”, in AAVV, *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, CHRISTOPHER McCRUDDEN (editor), Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 232).

(⁵⁵⁹) Para alguns Autores esta seria, aliás, a única função das Autoridades Reguladoras Independentes, ou seja, proteger os consumidores (cfr. VINCENZO ROPPO, “Privatizzazioni e ruolo del “pubblico”: lo Sato Regolatore”, *Politica del Diritto*, 1997, p. 638).

(⁵⁶⁰) GASPAR ARIÑO ORTIZ critica, aliás, a distinção entre actividades “reguladas” e actividades “livres” (que correspondem às actividades exercidas em regime de mercado), uma vez que, de acordo com o Autor, de uma maneira ou de outra, todas as actividades estão sujeitas a uma certa regulação (cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 767). Em Portugal, a distinção entre “actividades reguladas” e “actividades concorrenciais” pode ser encontrada nos sectores do gás natural e da electricidade. Deste modo, enquanto no sector do gás natural e de acordo com a versão original do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro todas as actividades eram reguladas (incluindo a comercialização de último recurso), com expressa exclusão da actividade de comercialização livre (cfr. artigos 4.º, n.º 4 e 51.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006), no sector da electricidade, na versão original do Decreto-Lei n.º

Em Portugal, e nos sectores dos serviços económicos de interesse geral, encontramos, aliás, vários exemplos de regulação de actividades competitivas (como a produção e a comercialização no sector da energia) cujo objectivo é precisamente proteger outros valores que não apenas a existência de um mercado eficiente e concorrencial.

O exemplo, porventura, mais significativo é a imposição de obrigações de serviço público a todos os operadores, independentemente de exercerem ou não a sua actividade em regime de mercado ⁽⁵⁶¹⁾. Mas existem outros. Por exemplo, a existência de obrigações de informação em relação a preços e condições do serviço ⁽⁵⁶²⁾ ou a fixação de requisitos mínimos para os contratos de fornecimento a celebrar

29/2006, de 15 de Fevereiro, apenas não se encontravam sujeitas a regulação as actividades de produção e de comercialização livre (cfr. artigos 4.º, n.º 4 e 57.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006). Entretanto, e na sequência da aprovação dos diplomas que transpuseram para o ordenamento jurídico nacional o “Terceiro Pacote Energético” da União Europeia, a actividade de comercialização passou a ser incluída também entre as denominadas actividades reguladas em ambos os sectores, o que não deixa de ser um sinal, em nossa opinião, positivo, da adopção de uma perspectiva que, rompendo com o entendimento tradicional, considera que a regulação também se aplica a actividades competitivas, não sendo, portanto, meramente transitória (cfr. a alteração ao art. 51.º, n.º 1 aprovada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de Junho e o n.º 4 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, aditado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro (gás natural) e a correspondente alteração ao art. 57.º, n.º 1 aprovada pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho (electricidade)). Notamos, no entanto, que no caso da electricidade, e algo inexplicavelmente, a actividade de produção de electricidade ficou de fora do elenco das actividades reguladas, não havendo, no entanto, em nossa opinião, razão para este tratamento diferenciado. Aliás, não obstante a ausência de referência à produção de electricidade do elenco do art. 57.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro não deixa de “regular” o acesso a esta actividade (cfr. artigos 4.º e segs. sobre o procedimento de licenciamento da actividade de produção em regime ordinário e artigos 33.º-D e segs. sobre o procedimento de licenciamento da actividade de produção em regime especial). Da mesma forma e também algo inexplicavelmente o novo art. 3.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 172/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, passou a referir apenas a comercialização de último recurso entre as actividades reguladas, excluindo a comercialização. Pensamos, no entanto, que tal omissão se deve a um manifesto lapso, nomeadamente tendo em conta o disposto no já citado art. 57.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, mantido pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro.

⁽⁵⁶¹⁾ No sector do gás natural, por exemplo, todos os operadores se encontram obrigados a cumprir as seguintes obrigações de serviço público: segurança, regularidade e qualidade do abastecimento; garantia de ligação dos clientes às redes nos termos previstos nos contratos de concessão ou nos títulos das licenças; protecção dos consumidores, designadamente quanto a tarifas e preços; promoção da eficiência energética e da utilização racional dos recursos e a protecção do ambiente (cfr. art. 5.º, do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de Junho).

⁽⁵⁶²⁾ Vejam-se, por exemplo, as obrigações em termos de publicitação de preços no sector das comunicações electrónicas (cfr. art. 47.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, de acordo com o qual “as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público são obrigadas a disponibilizar ao público informações adequadas, transparentes, comparáveis e actualizadas sobre os termos e condições habituais em matéria de acesso e utilização dos serviços que prestam aos utilizadores finais e aos consumidores, explicitando, detalhadamente, os seus preços e demais encargos, bem como, quando aplicável, os relativos à cessação dos contratos”).

entre os operadores e os seus clientes ⁽⁵⁶³⁾, que se destinam, fundamentalmente, a proteger os consumidores e a garantir que estes exercem os seus direitos de forma esclarecida e informada. No sector postal, por exemplo, onde as questões de protecção da vida privada são especialmente sensíveis, todos os operadores estão obrigados a cumprir um conjunto de requisitos que têm em vista a salvaguarda do direito fundamental à protecção da intimidade privada ⁽⁵⁶⁴⁾. Por outro lado, em sectores estratégicos, como é caso da electricidade, a regulação tem também um papel muito importante ao nível da garantia da segurança do abastecimento e da sustentabilidade, o que justifica a regulação da actividade de produção de electricidade, não obstante a mesma ser exercida em regime de mercado ⁽⁵⁶⁵⁾.

Estes exemplos demonstram, portanto, que a regulação não é nem transitória, nem necessariamente uma “antecâmara” da concorrência, permitindo-nos concluir que continua (e continuará) a existir regulação nos sectores dos serviços económicos de interesse geral mesmo após a chegada da concorrência ⁽⁵⁶⁶⁾.

Pronunciando-se a propósito do sector das telecomunicações, EDGAR GRANDE escrevia em 1994, que “(...) *existem indicações claras de que o “novo” papel do*

⁽⁵⁶³⁾ Cfr. art. 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, para o sector das comunicações electrónicas e art. 45.º-A do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro, para o sector da electricidade. No caso do sector do gás natural, prevê-se ainda que “os contratos de fornecimento de gás natural devem integrar informações sobre os direitos dos consumidores, incluindo sobre o tratamento de reclamações, as quais devem ser comunicadas de forma clara e de fácil compreensão, nomeadamente através das páginas na Internet dos comercializadores, bem como especificar se a sua denúncia importa ou não o pagamento de encargos” (cfr. art. 47.º, 3, do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro).

⁽⁵⁶⁴⁾ Cfr. art. 7.º, n.º 1, alíneas a) a d) e n.º 2 da Lei 17/2012, de 26 de Abril, de acordo com o qual todas as entidades licenciadas e autorizadas se encontram obrigadas a respeitar a inviolabilidade e o sigilo das correspondências; a segurança da rede postal; a protecção de dados; a confidencialidade das informações transmitidas ou armazenadas e a protecção da vida privada.

⁽⁵⁶⁵⁾ Veja-se o complexo procedimento de atribuição da licença de produção previsto nos artigos 4.º e segs. do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, bem como o disposto no art. 64.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro que prevê a possibilidade de o Governo promover, em último recurso, um procedimento concursal para a atribuição de licença para a construção e exploração de centros electroprodutores destinados a assegurar as necessidades de energia e potência que sejam entretanto identificadas, prevendo-se expressamente que a estes centros electroprodutores possam ser impostas obrigações de serviço público, incluindo a obrigação de colocação de toda a sua produção no mercado organizado.

⁽⁵⁶⁶⁾ No mesmo sentido, BURKARD EBERLEIN afirma que “a regulação será simultaneamente permanente e, de certa forma, discricionária” (*Regulating Public Utilities in Europe: mapping the problem*, European University Institute Working Papers, Centre Robert Schuman, RSC, 98 (31), Florence, 1998, p. 17). MICHAEL GRENFELL conclui também que independentemente do nível de concorrência que for introduzido nos sectores das “utilities”, e independentemente da efectividade do Direito da Concorrência para manter estes mercados competitivos, estes desenvolvimentos, por definição, não podem suplantam o papel “social” da regulação (cfr. “Can Competition Law Supplant Utilities Regulation?”, op. cit., p. 233).

Estado não é um fenómeno transitório, mas que será desempenhado por algum tempo. Enquanto a concorrência não for “fair”, os serviços de telecomunicações deverem ser “just”, e a privacidade tiver de ser protegida, a retirada completa do Estado é uma ilusão romântica e nalguns casos perigosa” ⁽⁵⁶⁷⁾.

Estas conclusões têm, em nossa opinião, duas consequências.

Por um lado, e conforme referimos nos capítulos anteriores, a evolução destes sectores, nomeadamente em termos da sua maturidade e da sua progressiva abertura à concorrência, exige uma constante adaptação dos regimes regulatórios existentes às novas realidades, quer eliminando medidas regulatórias que deixam de se justificar (desregulação), quer introduzindo novos instrumentos jurídicos mais flexíveis e menos intrusivos, deixando maior margem aos operadores e aos consumidores para actuarem no mercado de uma forma menos condicionada (neoregulação).

A primeira conclusão a retirar será, portanto, a de que a *permanência* da regulação não deve ser confundida com uma sua eventual cristalização, devendo, antes, ser encarada como uma forma de intervenção pública sujeita a permanente evolução.

A segunda consequência é que a progressiva cada vez maior “convivência” da regulação com as regras da concorrência aumenta não só a possibilidade de “sobreposições”, como também o risco de tensões entre os valores de mercado e os valores sociais, nem sempre necessariamente compatíveis ⁽⁵⁶⁸⁾.

Como refere GIORGIO MONTI, *“não existe um princípio geral recomendado para delimitar a fronteira entre o Direito da Concorrência e a regulação sectorial, mas deve ser feita uma análise, caso a caso, de forma a determinar quando é que as leis da concorrência se devem sobrepor às escolhas do regulador sectorial e quando é que estas devem ser afastadas de forma a não prejudicar os objectivos regulatórios”* ⁽⁵⁶⁹⁾.

A segunda conclusão a retirar será, portanto, a de que caberá às autoridades reguladoras avaliar as situações em concreto, de forma a adoptar as melhores soluções, conciliando valores que nem sempre são compatíveis.

Esta situação acaba por ter um outro reflexo e que se prende com o facto de o convívio das regras da concorrência com as regras da regulação sectorial potenciar, igualmente, a existência de conflitos de competência entre as autoridades reguladoras sectoriais e as autoridades da concorrência quando, como acontece no caso

⁽⁵⁶⁷⁾ EDGAR GRANDE, “The new Role of the State in Telecommunications: an International Comparison”, *West European Politics*, volume 17, n.º 3, July, 1994, p. 154.

⁽⁵⁶⁸⁾ Com efeito, e conforme referimos atrás, existem várias medidas regulatórias que podem ter efeitos anti-competitivos - cfr. nota de rodapé n.º 489.

⁽⁵⁶⁹⁾ GIORGIO MONTI, “Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law”, *Law, Society and Economy Working Papers* 8/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department, London, 2008, p. 1.

português, existem reguladores verticais (ou sectoriais) e um regulador horizontal (autoridade da concorrência) ⁽⁵⁷⁰⁾.

Voltaremos a referir-nos, no entanto, a este aspecto, *infra*, no capítulo 3.3.3..

Em suma, e respondendo à questão que formulámos no início deste capítulo, em nossa opinião, e face ao que expusemos acima, a regulação veio mesmo para ficar, com ou sem concorrência.

⁽⁵⁷⁰⁾ De acordo com o disposto, entre outros, no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que aprova a lei orgânica da Autoridade da Concorrência, as autoridades reguladoras sectoriais e a autoridade da concorrência devem colaborar entre si. A verdade, porém, é que não só a lei não é completamente clara sobre os termos em que essa colaboração se deve processar (veja-se, nomeadamente, o procedimento previsto no art. 35.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (Regime Jurídico da Concorrência), em matéria de práticas restritivas da concorrência, em que nada se diz sobre a solução a dar em caso de divergência entre o projecto de decisão da Autoridade da Concorrência ou das autoridades reguladoras sectoriais e os pareceres das autoridades reguladoras sectoriais ou da Autoridade da Concorrência, conforme for o caso), como existe, na prática, o risco de conflitos de competências. Basta atentar, por exemplo, nalgumas das competências do ICP-ANACOM e da ERSE, no sector das comunicações electrónicas e da energia, respectivamente. Com efeito, de acordo com os artigos 58.º e segs. da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, compete ao ICP-ANACOM definir e analisar os mercados relevantes de produtos e serviços do sector das comunicações electrónicas para efeitos da imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações. Os projectos de decisão do ICP-ANACOM relativos à análise dos mercados e à determinação de detenção ou não de poder de mercado significativo encontram-se, no entanto, sujeitos a parecer prévio da Autoridade da Concorrência (cfr. art. 61.º da Lei n.º 5/2004). Em relação ao sector da energia, assistiu-se recentemente ao reforço das competências da ERSE em matéria de transparência do mercado e de promoção de um mercado concorrencial, na sequência da transposição do “Terceiro Pacote Energético” da União Europeia. Neste sentido, veja-se designadamente o disposto no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, nos termos do qual compete à ERSE fomentar e garantir a observância das regras da concorrência nos sectores por si regulados, sem prejuízo das competências da Autoridade da Concorrência. Da mesma forma, prevê-se no citado diploma que são atribuições da ERSE “*proteger os direitos e os interesses dos consumidores em relação a preços, à forma e qualidade da prestação de serviços*”, “*promover a concorrência entre os agentes intervenientes nos mercados*” ou ainda velar “*pela transparência e integridade dos mercados e aplicando os regulamentos e sanções legalmente previstos*” (cfr. art. 3.º, n.º 2, alíneas a), m) e n) do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012).

3. Quem regula?

A resposta mais comum a esta questão é que a regulação é exercida por uma autoridade reguladora independente em relação a um determinado sector económico. As autoridades reguladoras independentes são apenas, no entanto, uma das partes do *puzzle*.

Com efeito, se bem que estas entidades se assumam no contexto europeu, e sobretudo nos países da Europa continental, como os principais actores de uma *nova* organização administrativa, nomeadamente nos sectores dos serviços de interesse económico geral, não são, no entanto, os únicos reguladores, e nalguns casos nem sequer são mesmo os mais importantes.

Basta atentar, aliás, no panorama nacional, para concluir que ainda existem serviços da Administração Central com vastos poderes regulatórios. Deste modo, pelo menos entre nós, a regulação está, por enquanto, longe de ser uma tarefa exclusivamente de entidades independentes.

A esta constatação juntam-se, por sua vez, alguns estudos recentes que permitem ter novas perspectivas da regulação, nomeadamente evidenciando o papel da sociedade e das organizações supranacionais como reguladores para além do Estado (entendido aqui em sentido lato, ou seja, como qualquer autoridade pública nacional).

Destacamos apenas duas perspectivas: a da sociologia do direito e a do Direito Administrativo Global (“Administrative Global Law”).

Em relação à primeira, salientam-se os trabalhos de JULIA BLACK que parte de uma concepção de regulação “descentrada” do Estado (“decentred regulation”). Deste modo, de acordo com esta perspectiva, o Estado não detém o monopólio do exercício do controlo, havendo outros actores sociais no jogo da regulação (designadamente, organizações profissionais, empresas, associações colectivas, entre outros).

Trata-se, portanto, de uma perspectiva da regulação em que esta não surge ligada ao Estado, mas sim difundida pela sociedade ⁽⁵⁷¹⁾.

O conceito de “decentred regulation” não se confunde, no entanto, com o conceito mais restrito de auto-regulação (que se refere apenas à regulação levada a

⁽⁵⁷¹⁾ Sobre as implicações mais gerais de uma análise do fenómeno regulatório descentrada do Estado, nomeadamente em termos da natureza e do conceito de regulação, do consequente papel do Estado e da compreensão do próprio Direito, veja-se o artigo muito interessante de JULIA BLACK, *Critical Reflection on Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, London, 2002.

cabo pelos próprios regulados), embora esta última seja uma forma de “regulação descentrada” no sentido referido ⁽⁵⁷²⁾.

Alguns Autores referem-se a esta concepção descentrada da regulação, que desafia o pressuposto de que os Estados são os principais *loci* de controlo da vida económica e social ou de que devem ter esse papel e essa posição, adoptando a expressão “Estado pós-regulador” ⁽⁵⁷³⁾. Outros Autores, sobretudo no campo da ciência política, preferem antes a expressão “capitalismo regulatório” (“regulatory capitalism”) para se referir à fragmentação do poder regulatório entre o Estado e a sociedade ⁽⁵⁷⁴⁾.

Outra perspectiva que parte igualmente de uma versão “descentrada” da regulação é aquela que é adoptada pelo fenómeno jurídico recente designado por Direito Administrativo Global (“Global Administrative Law”) ⁽⁵⁷⁵⁾ e que está relacionada com a multiplicação de “sistemas regulatórios globais”, nomeadamente ao nível de organizações internacionais. Neste caso, coloca-se em evidência a existência de entidades reguladoras a nível global que ultrapassam as fronteiras territoriais do Estado nação.

⁽⁵⁷²⁾ Cfr. JULIA BLACK, “Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world”, *Current Legal Problems*, volume 54, 2001, em especial pp. 112 e segs.. A auto-regulação pode ser analisada numa vertente institucional (como regulação de um determinado grupo privado devidamente organizado), ou apenas como uma forma de regulação (em relação a esta última perspectiva remetemos a sua análise para a Parte III desta dissertação). Sobre a primeira perspectiva, veja-se, entre nós, VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, op. cit..

⁽⁵⁷³⁾ COLIN SCOTT, “Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory State” in AAVV, *The Politics of Regulation. Institutions and regulatory Reforms for the Age of Governance*, JACINT JORDANA / DAVID LEVI-FAUR (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2004, p. 166. O Autor esclarece que a expressão “Estado pós-regulador” não pretende funcionar no contexto de uma contraposição com os modelos do Estado de bem-estar (*Welfare State*) ou do Estado Regulador (*Regulatory State*), referindo-se apenas a esta nova forma de encarar a regulação como não centrada no Estado.

⁽⁵⁷⁴⁾ Esta expressão é atribuída a DAVID LEVI-FAUR, com a publicação do artigo “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, volume 598, March, 2005, pp. 12 e segs., tendo sido posteriormente desenvolvida por outros Autores, nomeadamente por JOHN BRAITHWAITE, no seu *Regulatory Capitalism: How it works, Ideas for Making it work Better*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2008. COLIN SCOTT viria, aliás, também recentemente a aderir a esta expressão, em detrimento da expressão “Estado pós-regulador” (cfr. COLIN SCOTT, *Regulatory Governance and the challenge of constitutionalism*, European University Institute Working Paper, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Private Regulation Series-02, Florence, 2010, p. 5).

⁽⁵⁷⁵⁾ Trata-se de um campo de estudo jurídico doutrinário novo que, por isso mesmo, ainda é objecto de algumas dúvidas, nomeadamente quanto à sua autonomia face a outros ramos do direito. SÉRVULO CORREIA afirma, no entanto, que, independentemente do lugar concreto reservado a este fenómeno jurídico, parece certo que o que o distingue de outros campos do direito global é o facto de ter algo em comum quer com os sistemas domésticos de Direito Administrativo, quer com os sistemas das organizações internacionais (cfr. SÉRVULO CORREIA, “Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right”, op. cit., p. 352).

Com efeito, a conceptualização do Direito Administrativo Global parte, precisamente, da existência de uma administração global ou transnacional, em que os Estados assumem o lugar, muitas vezes, de regulados em vez de reguladores ⁽⁵⁷⁶⁾.

De acordo com BENEDICT KINGSBURY *et al.* seria, assim, possível identificar um “espaço administrativo global” (“global administrative space”) multifacetado, povoado por diferentes tipos de instituições administrativas reguladoras e por diferentes tipos de regulados, incluindo não só os Estados, mas também indivíduos, empresas e organizações não governamentais (ONG's) ⁽⁵⁷⁷⁾.

Estes mesmos Autores distinguem cinco tipos de regulação administrativa global que se combinam e que, nalguns casos, se sobrepõem: (i) administração através de organizações internacionais formais (como o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas); (ii) administração baseada na acção colectiva de redes transnacionais instituídas através de acordos de cooperação entre reguladores nacionais (como o Comité de Supervisão Bancária de Basileia); (iii) administração conduzida por reguladores nacionais de acordo com Tratados, redes ou outros regimes de cooperação internacional; (iv) administração através de instituições híbridas que combinam actores públicos e actores privados (por exemplo, *Codex Alimentarius Commission*) e (v) a administração através de instituições privadas com funções reguladoras (por exemplo, ISO (*International Standardization Organization*)) ⁽⁵⁷⁸⁾.

Parte-se, portanto, de uma perspectiva em que a regulação deixa de ser considerada como uma função exclusivamente doméstica (característica do Estado nação), para ser considerada também a nível supranacional, como uma função desempenhada por um novo tipo de entidades administrativas globais (públicas e/ou privadas).

Deste modo, e independentemente das implicações necessariamente diferentes de qualquer uma destas perspectivas (seja da perspectiva da “decentred regulation”, seja da perspectiva de uma administração supranacional), ambas têm em comum o facto de assinalarem a presença de outros actores (para além das entidades públicas nacionais) no espaço regulatório. Por outro lado, ambas as perspectivas assumem a

⁽⁵⁷⁶⁾ Para uma análise de alguns desses sistemas regulatórios globais veja-se RICHARD STEWART, “U.S. Administrative Law: a model for global administrative law”, *Law & Contemporary Problems*, volume 68, 2005, pp. 63 e segs. e SABINO CASSESE, *Global Administrative Law. Cases and Materials*, University of Rome “La Sapienza”, Public Law Institute, Rome, 2006. Na esfera da regulação económica, são exemplos de sistemas regulatórios globais os instituídos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e pela Organização Mundial de Comércio (OMC).

⁽⁵⁷⁷⁾ BENEDICT KINGSBURY *et al.*, “The emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems*, volume 68, 2005, p. 18.

⁽⁵⁷⁸⁾ *Idem*, pp. 20 e segs..

possibilidade de a regulação não só ser mais do que apenas uma função pública, mas também de existirem reguladores que exercem os seus poderes sem qualquer interferência do Estado (nacional).

A resposta à questão de saber “quem regula” depende, porém, em última análise, da perspectiva que se adopte da regulação.

No nosso caso, partimos claramente de uma perspectiva intimamente ligada ao exercício da autoridade e ao Estado, entendendo a regulação como uma forma de intervenção pública (indirecta) na actividade económica.

Deste modo, de acordo com esta concepção, a regulação é principalmente uma tarefa ou função do Estado (Estado Regulador), sendo, portanto, os reguladores entidades públicas.

Isto não significa que não se admita a existência de outros actores, nomeadamente privados (⁵⁷⁹), mas apenas de que a nossa análise da regulação é, fundamentalmente, uma análise centrada no Estado (poder público).

O facto de assumirmos uma perspectiva “centrada” da regulação não nos impede, porém, de considerar a existência de vários níveis de regulação e, consequentemente, a existência de reguladores não só nacionais, mas também supranacionais. Isto é, aliás, particularmente evidente no caso dos serviços de interesse económico geral, em que as políticas europeias são (cada vez mais) pressuposto e limite das políticas nacionais de cada Estado-Membro.

Os reguladores europeus (sobretudo a Comissão Europeia e algumas recém-criadas agências reguladoras europeias) não se sobrepõem, no entanto, aos reguladores nacionais. Com efeito, a União Europeia depende dos Estados para executar as suas políticas. Os reguladores nacionais são, no entanto, responsáveis por implementar um regime regulatório que é, em muitos casos, o resultado da transposição, a nível nacional, de directivas comunitárias.

Em todo o caso, a existência de vários níveis de regulação, se bem que crie dificuldades em termos de maior complexidade do sistema regulatório e do consequente risco de menor coerência do mesmo, tem, no entanto, a nítida vantagem de reduzir o risco de captura dos reguladores pelos regulados.

(⁵⁷⁹) EDGAR GRANDE referindo-se, no entanto, às conclusões de um projecto de investigação que teve como objecto de análise os sectores da electricidade, comunicações electrónicas e transportes ferroviários em três países europeus (Alemanha, França e Inglaterra), durante os anos de 2000-2004, conclui que em relação ao exercício da função reguladora, os actores privados desempenham, nestes sectores, um papel subordinado ou mesmo insignificante, o que se pode explicar, segundo o Autor, pelo facto de nestes sectores as decisões terem importantes consequências redistributivas (cfr. EDGAR GRANDE, *The Regulatory State in the European System of Multi-Level Governance*, Munich Ludwig-Maximilians University, Geschwister-Scholl-Institut for Political Science, Paper, October 2006, em especial pp. 4 e segs.).

Estas e outras questões serão, porém, melhor desenvolvidas nos capítulos seguintes.

3.1. Sistema regulatório multi-nível

No modelo clássico de regulação dos grandes serviços públicos, o Estado era, simultaneamente, produtor de bens, prestador de serviços e regulador. No novo modelo de regulação, porém, para além de se verificar uma separação entre as funções operativas e a função de regulação, deparamo-nos com um quadro institucional completamente diferente, em que ao nível nacional de regulação se sobrepõe ainda um nível supranacional. Com efeito, este último nível tem desempenhado um papel fundamental na liberalização dos sectores dos serviços de interesse económico geral.

O novo sistema regulatório é, portanto, um sistema multi-nível, em que se distinguem dois níveis de reguladores: um, supranacional, e, outro, nacional.

Ora, a existência de vários níveis de regulação e, consequentemente de vários reguladores (quer nacionais, quer supranacionais) é não só sinónimo de uma maior complexidade, mas, sobretudo, fonte de novos desafios.

No nível supranacional de regulação evidencia-se, especialmente, o papel da Comissão Europeia, embora outros organismos comunitários, como as agências reguladoras europeias estejam a assumir um protagonismo cada vez maior, inclusivamente, no domínio dos serviços de interesse económico geral ⁽⁵⁸⁰⁾. Em relação ao nível nacional, estamos perante um regime povoado por vários reguladores, cujo grau de independência em relação ao Governo é variável.

Com efeito, o que se verifica na maior parte dos países europeus, e Portugal não é excepção, é que apesar de se ter assistido nas últimas décadas à criação de entidades independentes, com vastos poderes regulatórios, continuam a existir exemplos de regulação, a cargo de entidades pertencentes à Administração Estadual Directa e Indirecta. Vejam-se, entre nós, os casos dos sectores da electricidade e do gás natural ⁽⁵⁸¹⁾, bem como do transporte ferroviário ⁽⁵⁸²⁾.

⁽⁵⁸⁰⁾ Testemunhado pela criação recente da Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER), criada pelo Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que se veio juntar à Agência Ferroviária Europeia, instituída pelo Regulamento (CE) n.º 881/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

⁽⁵⁸¹⁾ Com efeito, quer no caso da electricidade, quer no caso do gás natural, a DGEG continua a deter importantes poderes regulatórios, não obstante as atribuições e competências da ERSE – cfr., entre outros, os artigos 42.º-A, n.º 2, 43.º-A, n.º 2, al. i), 57.º, n.º 2 e 65.º-A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro (sector da electricidade) e artigos 37.º-A, n.º 2, 51.º, n.º 2, 57.º, n.º 3, 59.º, n.º 2 e 59.º-

PAZ FERREIRA, pronunciando-se a propósito do sistema regulatório nacional, conclui que existem dois modelos “(...) o dos reguladores fortes – susceptíveis de serem enquadrados na categoria das autoridades administrativas independentes – e os reguladores fracos – mais próximos das formas tradicionais de administração pública”⁽⁵⁸³⁾.

A opção tem sido, porém, claramente no sentido da instituição de uma regulação independente, através da criação de autoridades reguladoras independentes, com competências sectoriais⁽⁵⁸⁴⁾.

Entre as vantagens deste modelo institucional destaca-se, desde logo, a nítida separação entre operadores e reguladores, a par do conhecimento especializado em matérias altamente complexas ou técnicas, a que se aliam a flexibilidade e a celeridade de acção que caracterizam também a actuação destas entidades.

Em particular, e em relação à primeira destas vantagens, argumenta-se que a existência de uma regulação independente (jurídica e funcionalmente separada dos regulados) é a melhor garantia de uma concorrência real e efectiva, nomeadamente tendo em consideração que, em vários destes sectores, o Estado continua a actuar no mercado, em concorrência com o sector privado. Com efeito, “a abertura dos sectores económicos à concorrência não comportaria uma verdadeira concorrência se uma das

A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

⁽⁵⁸²⁾ Neste caso, não existe sequer uma autoridade reguladora independente do Governo. Com efeito, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, Instituto Público (IMTT, I. P.), é uma pessoa colectiva de direito público integrada na administração indirecta do Estado, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, que funciona actualmente sob a tutela e superintendência do Ministro da Economia e do Emprego (cfr. art. 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 147/2007, de 27 de Abril). Existe, no entanto, uma unidade de regulação ferroviária, dentro do IMTT, I. P., dotada de independência funcional, destinada ao tratamento das questões estritamente regulatórias do sector ferroviário (cfr. art. 13.º do Decreto-Lei n.º 147/2007). A independência funcional desta estrutura relativamente ao conselho directivo do IMTT, I. P., traduz-se no facto de o seu dirigente ser nomeado directamente pelo membro do Governo que tutela o sector dos transportes. Encontra-se, no entanto, actualmente em curso, uma profunda reforma do sector que inclui a sua reorganização institucional, estando prevista a criação de uma “super” autoridade reguladora independente para a área dos transportes, incluindo o transporte ferroviário.

⁽⁵⁸³⁾ EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, op. cit., p. 48.

⁽⁵⁸⁴⁾ O art. 6.º, n.º 4 da Lei orgânica da Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Agosto) contém um elenco de algumas das autoridades reguladoras com competências sectoriais a nível nacional. A norma não distingue, no entanto, entre entidades reguladoras, incluindo no elenco, a par de autoridades reguladoras independentes, organismos pertencentes à Administração Indirecta do Estado como é o caso, por exemplo, do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário, INTF, ao qual sucedeu o IMTT, IP.

partes, que continua a actuar no mercado, agora liberalizado, mantivesse o poder de definir as regras do jogo” ⁽⁵⁸⁵⁾.

Por outro lado, de acordo com outros Autores, a criação de autoridades reguladoras independentes constitui também o meio mais adequado para “(...) *garantir a observância do princípio da separação de poderes entre política e burocracia na medida em que a generalidade das estruturas administrativas são dirigidas e/ou controladas pelos órgãos políticos*” ⁽⁵⁸⁶⁾. A criação destas entidades acaba, portanto, por ser vista como uma forma de tornar a regulação independente também do poder político, sendo uma garantia para os operadores do mercado, bem como para os que dele desejem fazer parte (novos operadores), de continuidade e de estabilidade de um determinado quadro regulatório. Com efeito, ao adoptar-se este modelo, existem maiores garantias de que o regime instituído num determinado sector fica mais protegido das conveniências políticas de cada momento (que o mesmo é dizer dos programas políticos dos partidos que assumem funções governativas).

A instituição de autoridades reguladoras independentes sectoriais é, aliás, também um aspecto importante da política de liberalização dos sectores dos serviços de interesse económico geral levada a cabo pela União Europeia ⁽⁵⁸⁷⁾.

Nota-se, no entanto, uma evolução nesta matéria, pelo menos desde as primeiras directivas da década de noventa. Com efeito, a principal preocupação, num

⁽⁵⁸⁵⁾ JOAQUÍN TORNO MAS, “La actividad de regulación”, in AAVV, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, volume I, FRANCISCO SOSA WAGNER (coordenação), tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 1330.

⁽⁵⁸⁶⁾ JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, op. cit., p. 414.

⁽⁵⁸⁷⁾ Veja-se o parágrafo 13.º da Directiva 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro (que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas, todas aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, em 7 de Março), que, pelo seu interesse, se transcreve aqui na íntegra: “(a) *independência das autoridades reguladoras nacionais deverá ser reforçada para garantir uma aplicação mais eficaz do quadro regulamentar e aumentar a sua autoridade e a previsibilidade das suas decisões. Para esse efeito, a legislação nacional deverá conter disposições que garantam expressamente que, no exercício das suas funções, a autoridade reguladora nacional competente para a regulação ex ante do mercado ou para a resolução de litígios entre empresas esteja protegida contra intervenções externas ou pressões políticas susceptíveis de pôr em causa a sua independência na avaliação das questões sobre as quais deva pronunciar-se. Tais interferências externas fazem com que um organismo legislativo nacional seja inapto para agir como autoridade reguladora nacional nos termos do quadro regulamentar. Para esse efeito, deverão ser estabelecidas antecipadamente regras sobre os fundamentos para a demissão do presidente da autoridade reguladora nacional, por forma a eliminar todas as dúvidas razoáveis quanto à neutralidade desse organismo e à sua impermeabilidade a factores externos. É importante que as autoridades reguladoras nacionais competentes para a regulação ex ante do mercado disponham do seu próprio orçamento, para, entre outras coisas, poderem contratar pessoal qualificado em número suficiente. Para assegurar a transparência, esse orçamento deverá ser publicado anualmente.*”

momento inicial, foi assegurar a instituição, a nível nacional, de autoridades reguladoras independentes dos interesses do sector, especialmente quando o Estado mantivesse a propriedade ou o controlo de algum operador ⁽⁵⁸⁸⁾.

A Directiva 97/67/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro, respeitante ao mercado interno dos serviços postais da Comunidade, entretanto alterada pela Directiva 2008/6/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Fevereiro, passou mesmo a consagrar, expressamente, o princípio da separação entre as funções de regulação e as funções operacionais, dispondo que *“os Estados-Membros que mantenham a propriedade ou o controlo de prestadores de serviços postais devem assegurar uma separação estrutural efectiva entre as funções de regulação e as actividades ligadas à propriedade ou ao controlo”*, de forma a garantir a imparcialidade das suas decisões ⁽⁵⁸⁹⁾.

Até há bem pouco tempo, estas directivas eram, no entanto, completamente omissas em relação ao grau de independência que as autoridades reguladoras deveriam ter em relação ao Governo ⁽⁵⁹⁰⁾. Podemos estar, no entanto, perante uma mudança nesta atitude, pelo menos a julgar pelo exemplo do sector da energia ⁽⁵⁹¹⁾.

Com efeito, de acordo com o preâmbulo das directivas que integram o denominado “Terceiro Pacote Energético” da União Europeia ⁽⁵⁹²⁾, *“(...) a experiência demonstra que a eficácia da regulação é frequentemente condicionada por falta de independência dos reguladores em relação ao governo e por insuficiência de competências e poderes”*, pelo que, por esse motivo *“(...) na sua sessão de 8 e 9 de Março de 2007, o Conselho Europeu convidou a Comissão a apresentar propostas legislativas que prevejam uma maior harmonização das competências e reforço da independência dos reguladores nacionais da energia”*.

⁽⁵⁸⁸⁾ Neste sentido, veja-se o art. 22.º, n.º 1 da Directiva 97/67/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro (sector postal), bem como os artigos 23.º e 25.º, respectivamente das Directivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, ambas aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, em 26 de Junho (sectores da electricidade e do gás natural respectivamente) que exigiam que os Estados-Membros designassem uma ou mais instâncias competentes, como autoridades reguladoras, para levarem a cabo as tarefas de regulamentação especificadas nestas directivas, devendo essas autoridades reguladoras ser totalmente independentes dos interesses dos respectivos sectores.

⁽⁵⁸⁹⁾ Cfr. art. 22.º, n.º 1.

⁽⁵⁹⁰⁾ Excepção feita ao art. 30.º da Directiva 2001/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, que admite que a entidade reguladora nacional do sector ferroviário possa ser o Ministério dos Transportes ou outra instância, a qual terá de ser, no entanto, também independente, a nível de organização, de financiamento das decisões e a nível jurídico e decisório, de qualquer gestor da infra-estrutura, organismo de tarifação, organismo de repartição ou candidato.

⁽⁵⁹¹⁾ E das comunicações electrónicas – cfr. nota de rodapé n.º 587.

⁽⁵⁹²⁾ Referimo-nos às Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, ambas aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, em 13 de Julho (respectivamente, sector da electricidade e sector do gás natural).

Neste sentido, dispõe-se no recente artigo 39.º da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, que os Estados-Membros devem assegurar que as entidades reguladoras são juridicamente distintas e funcionalmente independentes de qualquer outra entidade pública ou privada ⁽⁵⁹³⁾.

Deste modo, embora os Estados-Membros gozem de autonomia institucional na organização e estruturação das suas autoridades reguladoras, só a podem exercer respeitando integralmente os objectivos e as obrigações definidos nas directivas comunitárias. Neste contexto, temos, sérias dúvidas se a manutenção de certas competências regulatórias, em matéria de energia, na Direcção-Geral de Energia e Geologia ⁽⁵⁹⁴⁾, que integra a Administração Estadual Directa, respeita este normativo. Com efeito, trata-se de competências importantes que, noutros sectores, estão entregues a autoridades reguladoras independentes ⁽⁵⁹⁵⁾.

Resta-nos aguardar para ver qual será a evolução da posição da União Europeia em relação a esta matéria, sendo certo que existem sectores (como o sector dos transportes ferroviários) em que ainda nos encontramos longe deste nível de independência ⁽⁵⁹⁶⁾.

A afirmação de um Estado regulador representa, por conseguinte, um enorme desafio também em termos institucionais, traduzido não só na existência de um sistema multi-nível, com diferentes níveis regulatórios, supranacional e nacional, mas também na existência, em cada um destes níveis, de distintos actores, o que levanta, desde logo, questões sobre a articulação das respectivas competências e esferas de acção (não só entre o nível supranacional e o nível nacional, mas de igual forma dentro de cada um destes níveis).

A multiplicação de autoridades reguladoras independentes coloca também, por sua vez, questões em termos da sua legitimidade democrática e do seu controlo político e jurisdicional. Trata-se de um debate que, entretanto, ultrapassou as fronteiras nacionais, tendo sido transposto para o nível supranacional, com a

⁽⁵⁹³⁾ Cfr. art. 39.º, n.º 4, al. a) (veja-se o correspondente art. 35.º, n.º 4, al. a) da Directiva 2009/72/CE para o sector eléctrico). Esta disposição é complementada pelo disposto no art. 39.º, n.º 4, alínea b), de acordo com o qual os Estados-Membros devem garantir que as autoridades reguladoras asseguram que o seu pessoal e as pessoas responsáveis pela sua gestão (i) agem de forma independente de qualquer interesse de mercado e (ii) não solicitam nem recebem instruções directas de qualquer entidade governamental ou outra, pública ou privada, no desempenho das funções reguladoras.

⁽⁵⁹⁴⁾ As quais foram, inclusivamente, recentemente confirmadas e nalguns casos mesmo reforçadas - cfr. nota de rodapé n.º 581.

⁽⁵⁹⁵⁾ Por exemplo, em matéria de atribuição ou de reconhecimento de títulos de exercício das actividades (vejam-se as competências do ICP-ANACOM neste domínio quer no sector das comunicações electrónicas, quer dos serviços postais).

⁽⁵⁹⁶⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 582.

proliferação de agências reguladoras europeias, assumindo aí, no entanto, uma dimensão completamente nova.

Deixamos, no entanto, o desenvolvimento destes temas para os próximos capítulos.

3.2. A União Europeia como Estado Regulador (?)

A tese de que a Comunidade Europeia (hoje União Europeia) seria o protótipo de um novo Estado Regulador (de nível supranacional) é da autoria de GIANDOMENICO MAJONE ⁽⁵⁹⁷⁾. Esta tese surgiu durante a década de noventa, numa altura em que o processo de liberalização de importantes sectores económicos dominava todas as atenções no espaço europeu.

De acordo com MAJONE, constrangida por um orçamento limitado e bastante rígido, a Comunidade Europeia teria encontrado na regulação uma maneira de aumentar as suas áreas de competência e a sua esfera de influência. Considerando a limitação dos seus recursos financeiros, *“a única forma de a Comissão aumentar o seu papel foi expandindo o âmbito das suas actividades regulatórias”* ⁽⁵⁹⁸⁾.

Mas existem mais razões para explicar o crescimento do papel regulador das instituições europeias (sobretudo da Comissão). Desde logo, as próprias empresas multinacionais a actuar no mercado comunitário tinham interesse em apoiar esta forma de intervenção supranacional, tendo em vista o estabelecimento de um quadro regulatório uniforme a nível europeu. Com efeito, a eliminação de diferenças entre os regimes regulatórios dos Estados-Membros reduz significativamente os obstáculos comerciais que são criados a partir da existência de vários regimes regulatórios distintos.

Por outro lado, os próprios Estados-Membros também sentiam necessidade de co-ordenar as suas políticas em determinadas áreas, sobretudo considerando os efeitos que uma posição concreta adoptada por um Estado num determinado domínio pode ter ao nível de outros Estados-Membros. Como sublinham KONSTANTINE GATSIOS e PAUL SEABRIGHT, o primeiro passo para compreender a regulação internacional é ter em consideração que as actividades de um Estado-Membro invariavelmente afectam a economia de outro Estado-Membro ⁽⁵⁹⁹⁾.

⁽⁵⁹⁷⁾ Cfr. GIANDOMENICO MAJONE, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, West European Politics, volume 17 (3), 1994, em especial pp. 83 e segs. e *La Communauté européenne: un état régulateur*, op. cit..

⁽⁵⁹⁸⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, op. cit., p. 87.

⁽⁵⁹⁹⁾ KONSTANTINE GATSIOS/PAUL SEABRIGHT, “Regulation in the European Community”, Oxford Review of Economic Policy, volume 5, n.º 2, 1989, p. 40.

Vejamos dois exemplos em particular.

Em primeiro lugar, isto é especialmente visível naquelas situações em que determinadas falhas do mercado se verificam num contexto internacional e não já apenas doméstico. Nestes casos, a correcção destas falhas pressupõe alguma forma de colaboração entre os diferentes Estados afectados pelas mesmas ⁽⁶⁰⁰⁾. Ora, ainda que esta colaboração possa ser conseguida a nível intergovernamental, sem necessidade, portanto, da transferência de competências regulatórias para o nível supranacional, a verdade é que a actuação da União Europeia diminui as hipóteses de um dos Estados não cumprir as medidas acordadas, ao mesmo tempo que reduz os custos de monitorização e de implementação das medidas que, de outra forma, teriam de ser suportados individualmente por cada Estado.

Mas a intervenção da União Europeia pode ser também importante para evitar que certas medidas regulatórias nacionais sejam adoptadas de forma estratégica (ou seja, intencionalmente) de forma a beneficiar, por exemplo, empresas nacionais em detrimento de empresas concorrentes de outros Estados-Membros (nomeadamente promovendo a existência, em determinados sectores, de “campeões nacionais” (“national champions”)), com isso colocando em risco o objectivo da construção de um mercado único europeu ⁽⁶⁰¹⁾.

Para além destas razões, poderá ainda acrescentar-se que a transferência de poderes regulatórios para a União Europeia pode ser igualmente justificada

⁽⁶⁰⁰⁾ As externalidades negativas são um exemplo clássico destas situações. Por exemplo, quando a actividade produtiva de uma determinada empresa tem como efeito a poluição de um rio que atravessa mais do que um país. Considerando que o Estado de que essa empresa é nacional tenderá a adoptar apenas medidas que tenham em conta o contexto nacional (nomeadamente considerando os benefícios para a economia doméstica da actividade da empresa), não tendo em devida conta os efeitos (negativos, como a poluição) que a actividade da empresa pode ter a nível externo, os Estados afectados têm a ganhar em adoptar uma solução regulatória comum para o problema.

⁽⁶⁰¹⁾ KONSTANTINE GATSIOS e PAUL SEABRIGHT analisam esta hipótese, que designam por “regulação estratégica”, sob a perspectiva do dilema do prisioneiro (cfr. KONSTANTINE GATSIOS/PAUL SEABRIGHT, “Regulation in the European Community”, op. cit., pp. 40 e segs.). De acordo com este dilema dois prisioneiros, isolados em celas separadas, são persuadidos a confessar o crime do qual são acusados, sendo dito a cada um que se for ele a confessar, não o fazendo o outro prisioneiro, não será condenado, enquanto o outro prisioneiro será condenado a dez anos de prisão; se ambos confessarem serão, cada um, condenados numa pena reduzida de oito anos; se nenhum confessar, face à ausência de provas, o máximo que ficarão presos será seis meses. Nesta situação, cada prisioneiro, desconhecendo o que o outro prisioneiro fará, vê-se perante um dilema: se for ele a confessar e o outro prisioneiro não o fizer, pode sair livre; se ambos confessarem, será condenado, mas numa pena reduzida de oito anos; por outro lado, se não confessar e o outro prisioneiro o fizer será condenado na totalidade da pena, mas se o outro também não confessar arrisca-se apenas a seis meses de prisão. Em conclusão, em qualquer uma destas situações parece que cada prisioneiro ficará sempre melhor se confessar, o que pode implicar que se ambos o fizerem, serão ambos condenados em oito anos de prisão. Em contrapartida se nenhum confessar, passarão no máximo seis meses na prisão. O dilema não tem solução. A conclusão a retirar é, no entanto, a de que tendo os prisioneiros oportunidade para colaborar ficariam sempre em melhor posição do que agindo individualmente.

considerando a maior credibilidade das instituições comunitárias para implementar certas medidas regulatórias, sobretudo quando as mesmas podem ter efeitos negativos na actividade de determinados operadores nacionais. Com efeito, nestas situações, os reguladores nacionais serão os primeiros a considerar que será mais difícil para um regulador nacional aplicar estas medidas, nomeadamente se as mesmas puderem prejudicar de alguma forma os operadores domésticos que competem no mercado europeu, do que para um regulador supranacional.

Só um regulador supranacional (como a Comissão, por exemplo) poderá ultrapassar estas questões (ou pelo menos lidar melhor com elas) e isto por duas razões: por um lado, porque se encontra menos exposto ao risco de captura pelos regulados e, por outro lado, porque aplica as mesmas regras, de igual forma, a todos os regulados (independentemente da sua nacionalidade).

Assim se compreende, aliás, que, em certas situações, sejam os próprios Estados-Membros os primeiros a favorecer semelhante delegação de poderes para o nível supranacional, sobretudo quando esteja em causa a adopção de medidas que os próprios Estados têm interesse em aprovar, mas cujas repercussões internas temem, designadamente ao nível da opinião pública.

Todas estas situações podem ser consideradas “falhas regulatórias internacionais”, as quais têm o seu equivalente, a nível nacional, nas falhas do mercado. De acordo com MAJONE, são estas falhas regulatórias internacionais que explicam a disponibilidade dos Estados-Membros para delegarem poderes regulatórios na União Europeia ⁽⁶⁰²⁾.

Não se pense, no entanto, que a transferência de poderes regulatórios dos Estados-Membros para a União Europeia tem sido um processo fácil ou mesmo uniforme. Com efeito, o grau de transferência de poderes varia bastante de área para área e mesmo em sectores onde essa transferência tem sido uma realidade como, por exemplo, no caso dos serviços de interesse económico geral, o processo tem sido feito de avanços, mas também de muitos recuos e de várias hesitações ⁽⁶⁰³⁾.

A isto acresce ainda o facto de a União Europeia continuar a depender dos órgãos (legislativos e executivos) nacionais para implementar e executar as suas políticas.

⁽⁶⁰²⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, op. cit., pp. 89-90.

⁽⁶⁰³⁾ Em particular, sobre os avanços e recuos do processo de delegação de poderes nos sectores das telecomunicações e da energia na sua fase inicial da década de noventa, veja-se SUSANNE SCHMIDT, “Commission activism: subsuming telecommunications and electricity under European Competition Law”, *Journal of European Public Policy*, volume 5 (1), 1998, pp. 172 e segs..

Assim sendo, o reconhecimento do papel regulador da União Europeia não significa que o Estado Regulador seja apenas um “Estado Regulador supranacional”.

Neste sentido, a interrogação que deixámos implícita no título deste capítulo.

Com efeito, considerar a União Europeia, sozinha, como um Estado Regulador é, de acordo com o nosso modelo de Estado Regulador, considerar apenas um dos níveis da regulação, uma vez que, segundo a perspectiva que adoptamos, as funções regulatórias encontram-se distribuídas, verticalmente, por dois níveis: um supranacional (União Europeia) e outro nacional (Estados-Membros).

O Estado Regulador é, portanto, quanto a nós, um regime multi-nível, povoado por vários actores supranacionais e nacionais que só faz sentido em conjunto e não parcialmente.

Neste modelo, a questão central deverá ser, por conseguinte, a de saber como se repartem as funções regulatórias entre estes dois níveis, já que se adivinham várias tensões entre o desejo das instituições comunitárias expandirem os seus poderes e o receio que os Estados-Membros sentem de que essa expansão possa implicar uma perda da sua soberania.

Até aqui, pelo menos, a regra tem sido a regulação nacional focar-se em empresas e em indivíduos e a regulação de nível europeu centrar-se, essencialmente, na regulação dos reguladores ⁽⁶⁰⁴⁾.

Mas será (ainda) assim?

Com efeito, as falhas da regulação de nível europeu, em que se destacam os problemas com a implementação das medidas regulatórias comunitárias e que se explicam, em parte, pela tendência dos governos nacionais para usarem a regulação comunitária em seu favor, podem estar na origem de uma mudança de atitude das instituições comunitárias.

3.2.1. O princípio da subsidiariedade: entre cooperação e centralização

Já nos referimos ao princípio da subsidiariedade na Parte I, no seu sentido funcional, a propósito dos termos da relação entre Estado e sociedade no contexto do novo modelo de Estado Regulador ⁽⁶⁰⁵⁾.

⁽⁶⁰⁴⁾ Cfr. FRANCIS MCGOWAN/HELEN WALLACE, “Towards a European Regulatory State”, *Journal of European Public Policy*, volume 3 (4), 1996, p. 561.

⁽⁶⁰⁵⁾ A subsidiariedade no sentido funcional ou económico refere-se à posição secundária ou complementar para que o Estado é relegado em relação aos indivíduos e aos grupos sociais no domínio das relações e das iniciativas económicas (cfr. MANUEL REBOLLO PUIG / MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, “Espagne”, in AAVV, *Droit Administratif et Subsidiarité*, ROBERT

O princípio da subsidiariedade pode ter, no entanto, aplicação não só numa dimensão horizontal (relação entre esfera pública e esfera privada), mas também numa dimensão vertical, de alocação de competências entre diferentes organizações, diferentes pessoas colectivas ou, dentro da mesma pessoa colectiva, entre diferentes órgãos. Neste caso, são principalmente razões de eficiência (procura do melhor resultado) ou de territorialidade (relacionadas com a proximidade do nível de decisão) que presidem à repartição de poderes entre os diferentes centros de decisão.

Interessa-nos agora em particular esta segunda dimensão do princípio da subsidiariedade, tendo em conta a distribuição de poderes entre a União Europeia (nível supranacional) e os Estados-Membros (nível nacional).

Com efeito, nos termos do actual artigo 5.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia (ex-artigo 3.º-B), na redacção dada pelo Tratado de Lisboa, *“nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”* ⁽⁶⁰⁶⁾.

Uma observação que se deve fazer, desde logo, é a de que o princípio da subsidiariedade apenas intervém quando esteja em causa o exercício de competências concorrentes entre a União Europeia e os Estados-Membros ⁽⁶⁰⁷⁾.

ANDERSEN / DIANE DÉOM (direcção), Centres d' Études Constitutionnelles et Administratives, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 108).

⁽⁶⁰⁶⁾ Esta disposição deve ser articulada com o disposto no Protocolo relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, o qual foi substancialmente alterado pelo Tratado de Lisboa. Uma das alterações mais visíveis consistiu no reforço do papel dos Parlamentos nacionais que passam agora a poder pronunciar-se sobre a compatibilidade dos projectos de actos legislativos comunitários com o princípio da subsidiariedade, previamente à sua aprovação (cfr. artigo 6.º do Protocolo). Em determinadas condições e desde que reunido um determinado número de votos dos Parlamentos nacionais, os projectos podem mesmo ter de ser submetidos a uma reanálise (cfr. artigo 7.º, números 2 e 3 do Protocolo).

⁽⁶⁰⁷⁾ O princípio da subsidiariedade não se aplica, portanto, nos domínios em que a União dispõe de competências exclusivas que são, de acordo com o actual artigo 3.º, TFUE, as matérias relativas à união aduaneira, ao estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno, à política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro, à conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas e à política comercial comum. Nestes domínios, de acordo com o disposto no artigo 2.º, n.º 1, TFUE, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos. Os Estados-Membros podem intervir nestas áreas apenas quando para tal forem habilitados pela União ou para dar execução aos actos da União. Entre as matérias em que a União dispõe de competências partilhadas com os Estados-Membros destacam-se, em particular, os domínios do mercado interno, ambiente, defesa dos consumidores, transportes, redes transeuropeias e energia (cfr. artigo 4.º, n.º 2, TFUE). Nestes casos, quer a União, quer os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos. Os Estados-Membros exercem, no entanto, a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua e voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua (cfr. artigo 2.º, n.º 2, TFUE).

O princípio assume, assim, neste contexto, simultaneamente, uma vertente positiva e uma vertente negativa. Em relação à vertente positiva, a mesma realça o facto de que, em matérias concorrentes, os Estados-Membros têm primazia, a não ser que devido às dimensões ou aos efeitos da acção em causa (nomeadamente tendo em conta os seus efeitos transfronteiriços), os seus objectivos possam ser melhor alcançados ao nível comunitário. A dimensão negativa enfatiza, por sua vez, a necessidade de a União se abster de intervir se um determinado objectivo for melhor alcançado ao nível nacional.

SJEF EDERVEEN *et al.* chamam, no entanto, a atenção para o facto de o princípio da subsidiariedade não dever ser confundido com delegação de poderes no nível mais baixo. De acordo com os Autores, o princípio implica, antes, uma análise de qual o nível óptimo em que as decisões devem ser tomadas, o que pode resultar em centralização mas também em descentralização ⁽⁶⁰⁸⁾.

Não deixa, porém, de ser verdade que, no contexto particular das relações entre a União Europeia e os Estados-Membros, o princípio da subsidiariedade tem sido interpretado como favorecendo a descentralização ⁽⁶⁰⁹⁾. Aliás, é o próprio Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (anexo ao TFUE) que, logo nos seus considerandos, esclarece que a intenção (dos Estados-Membros) é *“assegurar que as decisões sejam tomadas tão próximo quanto possível dos cidadãos da União”* ⁽⁶¹⁰⁾.

Assim é, pelo menos, em teoria. A prática tem sido, no entanto, diferente.

Com efeito, como sublinha PAUL CRAIG, *“a verdadeira raison d’ être da Comunidade exige, contudo, muitas vezes, a acção comunitária para garantir a uniformidade do tratamento geral que é fundamental para a realização de um mercado comum”* ⁽⁶¹¹⁾.

⁽⁶⁰⁸⁾ SJEF EDERVEEN *et al.*, “Assessing Subsidiarity”, in AAVV, *Subsidiarity and Economic Reform in Europe*, GEORGE GELAUFF *et al.* (editores), Springer, Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008, p. 20.

⁽⁶⁰⁹⁾ MARIA LUÍSA DUARTE, pronunciando-se a propósito do ex-artigo 3.º-B, parágrafo segundo, do Tratado da União Europeia (TUE), sublinha precisamente este aspecto, ao referir que *“a construção da norma aponta para uma presunção de competência em favor dos Estados-membros que só é afastada se se verificarem duas condições: (i) os objectivos da acção prevista não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-membros (critério da insuficiência); e (ii) devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista serão melhor alcançados ao nível comunitário (critério da eficiência)”* (“A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites”, *op. cit.*, p. 800).

⁽⁶¹⁰⁾ Esta intenção ficou, aliás, bem patente com a inclusão no artigo 5.º, n.º 3 do TUE, após a aprovação do Tratado de Lisboa, de uma referência expressa aos “níveis regional e local” de poderes dentro dos Estados-Membros.

⁽⁶¹¹⁾ PAUL CRAIG, *EU Administrative Law*, Academy of European Law, European University Institute, volume XVI/1, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 423.

Neste sentido, o Livro Branco sobre os serviços de interesse geral embora reconhecendo que as autoridades públicas dos Estados-Membros permanecem responsáveis pela definição pormenorizada dos serviços a prestar e pela sua execução, não deixa também de salientar o papel da Comissão *“nos domínios que, como as grandes indústrias de rede, possuem uma dimensão europeia evidente e apresentam argumentos fortes em favor da definição de um conceito europeu de interesse geral”* ⁽⁶¹²⁾.

Significa isto que em determinados sectores e em certas situações, alguns objectivos podem ser melhor conseguidos através da actuação da União Europeia (ou seja, do nível supranacional) do que mediante a actuação individual dos Estados-Membros (nível nacional) ⁽⁶¹³⁾.

O princípio da subsidiariedade não se limita, no entanto, apenas à questão da repartição de competências e de poderes entre diferentes centros de decisão, aplicando-se também a propósito do seu modo de exercício. Com efeito, na versão inicial do Protocolo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade e do princípio da proporcionalidade (aprovado pelo Tratado de Amesterdão) referia-se que *“a Comunidade legislará apenas na medida do necessário”* e que *“em igualdade de circunstâncias, deve optar-se por directivas em vez de regulamentos e por directivas-quadro em vez de medidas pormenorizadas”*.

O propósito era, portanto, claro: nos casos em que a acção fosse levada a cabo pela União, deveria ainda assim dar-se aos Estados-Membros a possibilidade de escolherem a forma, bem como os meios para implementarem as medidas comunitárias.

Esta tem sido, de resto, a opção nos sectores que até há bem pouco tempo estavam organizados sob a forma de monopólios públicos, como o sector das comunicações electrónicas, da electricidade, do gás natural, dos serviços postais e dos transportes ferroviários, ou seja, a aprovação de directivas sectoriais que são depois implementadas pelas entidades nacionais, dentro da margem de decisão que é

⁽⁶¹²⁾ COM (2004), 374 final, de 12 de Maio, p. 7.

⁽⁶¹³⁾ Veja-se, por exemplo, o considerando 22.º da Directiva 2007/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2007 que altera a Directiva 91/440/CEE, do Conselho, de 29 de Julho, relativa ao desenvolvimento dos caminhos-de-ferro comunitários e a Directiva 2001/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, relativa à repartição de capacidade da infra-estrutura ferroviária e à aplicação de taxas de utilização da infra-estrutura ferroviária, em que se refere que *“atendendo a que o objectivo da presente directiva, a saber o desenvolvimento dos caminhos-de-ferro comunitários, não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros devido à necessidade de assegurar condições equitativas e não discriminatórias de acesso à infra-estrutura e de ter em conta a dimensão manifestamente internacional do funcionamento de importantes componentes das redes de caminho-de-ferro, bem como à necessidade de uma acção transnacional coordenada, e pode, pois, ser mais bem alcançado a nível comunitário, a Comunidade pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado”*.

permitida aos Estados-Membros ⁽⁶¹⁴⁾. As directivas fixam, portanto, os objectivos e estabelecem o âmbito de acção das autoridades reguladoras nacionais, sendo, porém, suficientemente flexíveis para permitirem a aplicação das regras comunitárias à luz das condições particulares de cada Estado-Membro e de cada sector ⁽⁶¹⁵⁾.

A opção por directivas sectoriais no domínio dos serviços económicos de interesse geral corresponde, assim, a dois objectivos que se encontram ligados: por um lado, trata-se de uma forma de contribuir para a adopção de medidas comuns em sectores sensíveis onde ainda existem diferenças significativas não só entre Estados-Membros, mas inclusivamente a nível nacional, entre sectores económicos e, por outro lado, não deixa de ser uma forma “soft” de eliminar diferenças sem recorrer a uma via hierárquica, contribuindo também, deste modo, para a progressiva criação de um mercado único europeu.

Ao mesmo tempo, porém, a verdade é que a multiplicação de directivas comunitárias revela a falta de capacidade da Comissão para expandir os seus poderes, já que a existência das mesmas acaba por ser um sinal de que os Estados-Membros “*continuam firmemente no controlo*” ⁽⁶¹⁶⁾, uma vez que deles continua a depender, em última análise, não só a transposição das directivas (execução normativa), mas também a sua aplicação aos casos concretos (execução administrativa). Aliás, em relação a este último aspecto, até há pouco tempo, a União não dispunha sequer de estruturas administrativas próprias (sendo a estrutura da Comissão claramente insuficiente) para garantir a aplicação uniforme do Direito da União Europeia nos Estados-Membros, só podendo contar com as Administrações Públicas nacionais para o efeito.

Deste modo, escrevemos já noutro lugar, que a tendência nos sectores dos serviços económicos de interesse geral não era para a centralização dos “*poderes regulatórios na Comissão, por via de delegação dos Estados-membros, mas antes*

⁽⁶¹⁴⁾ De acordo com o Livro Branco sobre os serviços de interesse geral, a “*regulamentação comunitária limita-se a definir um quadro jurídico que possa ser aplicado e concretizado pelos Estados-Membros tendo em conta a sua situação nacional específica*” (cfr. COM (2004), 374 final, de 12 de Maio, p. 7).

⁽⁶¹⁵⁾ Nalguns casos as directivas são, no entanto, bastante detalhadas. Vejam-se, por exemplo, as novas directivas nos sectores da electricidade e do gás natural que elencam, com pormenor, as competências das autoridades reguladoras nacionais, deixando pouca margem de adaptação ao legislador nacional (e às próprias autoridades reguladoras nacionais) – cfr. artigos 36.º e 37.º da Directiva 2009/72/CE e artigos 40.º e 41.º da Directiva 2009/73/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, com data de 13 de Julho.

⁽⁶¹⁶⁾ SUSANNE SCHMIDT, “Commission activism: subsuming telecommunications and electricity under European Competition Law”, op. cit., p. 170.

uma opção pela cooperação entre os órgãos comunitários e as autoridades nacionais, assente no princípio da subsidiariedade” ⁽⁶¹⁷⁾.

Com efeito, perante a conhecida resistência dos Estados-Membros em delegarem os seus poderes regulatórios no nível supranacional, a Comissão Europeia encontrou, no entanto, uma forma (indirecta) de facilitar esta transferência de poderes: criando redes (mais ou menos formais) de cooperação entre reguladores nacionais.

Neste sentido, pode ler-se no Livro Branco sobre os serviços de interesse geral que não seria necessário “*criar autoridades regulamentares europeias nesta fase*”, sendo a solução da “*existência de redes de reguladores nacionais, coordenados a nível europeu*”, aquela que parecia reunir maior consenso em 2004 ⁽⁶¹⁸⁾.

Os exemplos mais significativos desta cooperação encontram-se nos sectores das comunicações electrónicas, onde foi inicialmente criado o “Grupo de Reguladores Europeus” (GRE) para as redes e serviços de comunicações electrónicas, e no sector da energia, onde se destacam os Fóruns (informais) de Florença e de Madrid de regulamentação nos sectores da electricidade e do gás natural, respectivamente, envolvendo entidades públicas e privadas, bem como a criação posteriormente do grupo consultivo independente para a electricidade e para o gás designado “Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás” (ERGEG) ⁽⁶¹⁹⁾.

Trata-se de estruturas com funções essencialmente consultivas e de apoio técnico, cuja principal missão era assegurar, mediante a coordenação e cooperação dos reguladores nacionais com as instâncias comunitárias, uma aplicação coerente da legislação comunitária sectorial nos diferentes Estados-Membros.

Com efeito, a aplicação uniforme em todos os Estados-Membros do quadro regulador da União Europeia revela-se essencial para o êxito do desenvolvimento do mercado interno. Como sublinha, porém, JEAN SIRINELLI “*o primado do Direito Comunitário e a sua aplicabilidade directa revelam-se insuficientes para prevenir uma aplicação diferenciada do Direito Comunitário e para assegurar uma aplicação plenamente esclarecida deste pelas administrações dos Estados membros*” ⁽⁶²⁰⁾. Assim, num contexto em que as autoridades reguladoras nacionais apresentam características muito diferentes, não só em termos de poderes e competências, mas também de grau de independência e de experiência, a sua coordenação seja com

⁽⁶¹⁷⁾ MARISA APOLINÁRIO, “A regulação do sector do gás natural em Portugal: presente e futuro”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, JOSÉ LEBRE DE FREITAS *et al.* (editores), Almedina, Coimbra, 2011, p. 239.

⁽⁶¹⁸⁾ COM (2004), 374 final, de 12 de Maio, Anexo 2, p. 26.

⁽⁶¹⁹⁾ O GRE foi criado pela Decisão 2002/627/CE da Comissão de 29 de Julho, enquanto o ERGEG foi instituído pela Decisão 2003/796/CE da Comissão de 11 de Novembro.

⁽⁶²⁰⁾ JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l’union européenne: une contribution à l’étude du droit administratif européen*, LGFJ Lextenso editions, Paris, 2011, p. 186.

outras autoridades reguladoras nacionais congéneres, seja com a Comissão revela-se absolutamente fundamental.

Deste modo, a principal função do GRE era, precisamente, aconselhar e assistir a Comissão no desenvolvimento do mercado interno e, de um modo mais geral, servir de interface entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão. O GRE foi, entretanto, substituído pelo Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) ⁽⁶²¹⁾, o qual funciona agora como instância exclusiva para a cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais e entre estas e a Comissão. Além disso, o ORECE aconselha também a Comissão e, se solicitado, o Parlamento Europeu e o Conselho.

O ERGEG, por sua vez, foi instituído para facilitar a consulta, coordenação e cooperação entre as instâncias reguladoras nos Estados-Membros, e entre essas mesmas instâncias e a Comissão, com vista a consolidar o mercado interno e assegurar a aplicação coerente em todos os Estados-Membros das Directivas 2003/54/CE (electricidade) e 2003/55/CE (gás natural) e do Regulamento (CE) n.º 1228/2003 e para a possível legislação comunitária futura no domínio da electricidade e do gás.

A verdade, porém, é que como sublinham DAVID COEN e MARK THATCHER estas redes europeias de reguladores têm um âmbito de actuação limitado, uma vez que se mantêm sob o controlo quer da Comissão Europeia, quer dos reguladores nacionais, não dispondo de recursos e de meios para promoverem as suas próprias iniciativas ⁽⁶²²⁾. Têm para além de tudo poderes bastante reduzidos, não sendo as suas decisões vinculativas para os seus membros. Com efeito, veja-se o artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1211/2009, de acordo com o qual *“as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão têm em máxima conta quaisquer pareceres, recomendações, orientações, opiniões ou boas práticas de regulamentação aprovados pelo ORECE”*. Mas é só.

Por outro lado, sendo “filhas de pais diferentes” ⁽⁶²³⁾, estas redes encontram-se também frequentemente apanhadas no meio de objectivos antagónicos.

⁽⁶²¹⁾ Criado pelo Regulamento (CE) n.º 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Novembro.

⁽⁶²²⁾ DAVID COEN / MARK THATCHER, “Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies”, *Journal of Public Policy*, volume 28 (1), 2008, p. 50.

⁽⁶²³⁾ Idem, p. 61. De acordo com os Autores, estes organismos são propostos pela Comissão ou criados por esta, sendo aceites pelos governos nacionais e pelas autoridades reguladoras nacionais e formalmente instituídos através de uma decisão da Comissão, sendo, portanto, o *“fruto do acordo de vários actores”* (Ibidem). No caso do ORECE a estes actores juntaram-se ainda o Parlamento Europeu e o Conselho, uma vez que o mesmo foi instituído através de um

A nível europeu temos a Comissão a exercer pressão no sentido de existir uma maior coerência interpretativa, uma maior harmonização e uma maior monitorização das actividades regulatórias propostas, enquanto do lado nacional temos as autoridades reguladoras nacionais que, embora reconheçam os benefícios de uma convergência regulatória e da aplicação das melhores práticas no contexto do mercado único, têm a sua própria agenda interna, tendo nos últimos anos limitado a sua intervenção nestas redes ⁽⁶²⁴⁾.

O estabelecimento de redes de cooperação entre autoridades reguladoras nacionais, sob coordenação da Comissão Europeia, pode não ser, assim, afinal, suficiente para lidar com o que designamos por falhas da regulação de nível europeu.

Em causa estão, basicamente, situações de falhas na implementação do Direito da União Europeia, bem como a existência de assimetrias de informação entre o nível supranacional e o nível nacional.

As falhas de implementação do Direito da União Europeia prendem-se com o facto, já referido, de as instituições comunitárias dependerem das instituições nacionais para a sua aplicação ⁽⁶²⁵⁾. Estão aqui compreendidas quer as situações de ausência de implementação, a nível nacional, de actos legislativos comunitários (em especial directivas), quer as situações em que os Estados-Membros usam a legislação comunitária em seu favor, nomeadamente fazendo transposições erradas ou parciais de directivas, acabando também, dessa forma, por condicionar a actividade das autoridades reguladoras nacionais. Como, justamente, se sublinha no Livro Branco sobre Governança Europeia *“em última análise, o impacto da legislação da União Europeia depende da vontade e capacidade das autoridades dos Estados-Membros para garantirem que a legislação é transposta e aplicada efectiva e plenamente, em tempo útil”* ⁽⁶²⁶⁾.

Por outro lado, há também que ter em conta que a implementação a nível nacional das medidas adoptadas pelas instituições comunitárias implica normalmente a intervenção, ao nível dos Estados-Membros, de vários órgãos (legislativos e

regulamento aprovado por aqueles dois órgãos, sob proposta da Comissão (cfr. nota de rodapé n.º 621).

⁽⁶²⁴⁾ DAVID COEN / MARK THATCHER, “Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies”, op. cit., p. 57.

⁽⁶²⁵⁾ BURKARD EBERLEIN e EDGAR GRANDE referem-se a esta “fraqueza” do modelo de “estado regulador” europeu – que consiste no estabelecimento de um quadro regulatório a nível europeu, que é depois complementado por uma implementação nacional variável – como o “problema da descentralização” (BURKARD EBERLEIN / EDGAR GRANDE, “Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory State”, Journal of European Public Policy, volume 12 (1), 2005, p. 99).

⁽⁶²⁶⁾ COM (2001) 428, de 25 de Julho, p. 28.

executivos), o que contribui igualmente para aumentar os riscos de fragmentação da regulação.

A isto acrescem ainda os problemas relacionados com a existência de assimetrias de informação entre reguladores nacionais e reguladores comunitários. Com efeito, é natural que os reguladores nacionais, pela sua proximidade local e pelo seu especial conhecimento do mercado nacional, tenham acesso a informação sobre os operadores e sobre o próprio sector de que os reguladores supranacionais não dispõem. Nem sempre, porém, os reguladores nacionais transmitem toda a informação aos reguladores supranacionais, designadamente para protegerem os operadores nacionais ou para protegerem o sector da aplicação de medidas comunitárias mais severas. A falta de colaboração entre reguladores pode constituir, no entanto, um sério problema não só pela falta de confiança que a mesma tem implícita e que é, muitas vezes, mútua, mas sobretudo porque acaba por “minar” o edifício comunitário que assenta, precisamente, numa ideia de colaboração e de interdependência entre os níveis supranacional e nacional.

Estas falhas da regulação (de nível europeu) têm estado na origem de um movimento, recente, a que se tem assistido, nomeadamente em alguns sectores dos tradicionais serviços públicos, de reforço dos poderes de supervisão e de monitorização das instituições comunitárias.

Este movimento leva-nos, justamente, a questionar se não estaremos perante uma mudança de atitude destas instituições, e em particular da Comissão, tendo em vista uma (nova) vaga de centralização dos poderes regulatórios no nível supranacional.

Em causa está, essencialmente, a criação de agências reguladoras europeias em domínios onde até há bem pouco tempo esta hipótese tinha sido expressamente afastada pelos governos nacionais, bem como a atribuição de alguns poderes regulatórios à própria Comissão que parecem contrariar a visão tradicional de que a Comissão se limita a regular os reguladores nacionais, deixando para estes a tarefa de regular as empresas e os indivíduos.

Começemos por este último aspecto. Um exemplo que serve para ilustrar esta situação são os poderes de que a Comissão dispõe no sector das comunicações electrónicas que lhe permitem vetar as medidas propostas pelas autoridades reguladoras nacionais que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros (⁶²⁷).

(⁶²⁷) Cfr., em especial, o art. 7.º, n.º 5, al. a) da Directiva 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, nos termos do qual a Comissão pode tomar uma decisão solicitando à autoridade reguladora nacional em causa que retire um projecto de medida se

O objectivo é, em última análise, promover a existência de uma uniformidade regulatória ao nível dos Estados-Membros de forma a facilitar o desenvolvimento de redes transeuropeias e de investimentos transeuropeus ⁽⁶²⁸⁾.

A intervenção da Comissão fica, em todo o caso, dependente não só da existência de uma comunicação da parte das autoridades reguladoras nacionais à Comissão e ao ORECE em relação aos projectos de medidas que tencionem aprovar, mas da própria avaliação daquelas autoridades sobre se as medidas em causa se encontram nas condições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 7.º da Directiva 2009/140/CE, nomeadamente se estamos perante uma situação que afecte o comércio entre Estados-Membros. Não deixa de ser, no entanto, um exemplo de uma situação em que uma decisão da Comissão se pode substituir (ainda que indirectamente) a uma decisão de uma administração nacional, mesmo que esta vise, em princípio, apenas situações de concorrência transfronteiriças.

Neste caso, as estruturas nacionais propõem e executam, enquanto a Comissão aprova e controla ⁽⁶²⁹⁾.

O reforço dos poderes da Comissão pode ser, portanto, um indício de que a relação entre o nível supranacional e o nível nacional deixou de assentar, apenas, numa cooperação entre as instituições comunitárias e as instituições administrativas nacionais tendo evoluído, em alguns sectores regulados e, em particular, quando estejam em causa questões regulatórias que envolvam mais do que um Estado-Membro, para uma centralização dos poderes regulatórios no nível supranacional. Para esta conclusão não é indiferente o facto de, como nota JACQUES ZILLER,

considerar que a mesma é susceptível de criar um entrave ao mercado interno ou se tiver sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito comunitário. Neste caso, a autoridade reguladora nacional deve alterar ou retirar esse projecto de medida no prazo de seis meses após a data da decisão da Comissão (cfr. art. 7.º, n.º 6 da Directiva 2009/140/CE). Se optar por alterar o projecto de medida, a autoridade reguladora nacional fica obrigada a promover uma nova consulta pública do mesmo, devendo submetê-lo novamente à Comissão para uma nova apreciação (cfr. art. 7.º, n.º 6 da Directiva 2009/140/CE).

⁽⁶²⁸⁾ Cfr. GIORGIO MONTI, "Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law", op. cit., p. 14. O Autor sublinha, no entanto, que embora a uniformidade e a segurança jurídica sejam aspectos importantes para assegurar a existência de investimentos, também se poderá contra-argumentar que a existência de um quadro regulatório rígido será sempre menos apto a permitir a descoberta de melhores práticas e de novos instrumentos do que um modelo em que as diferentes autoridades regulatórias possam experimentar distintas formas de regulação (ibidem).

⁽⁶²⁹⁾ Cfr. JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'union européenne: une contribution à l'étude du droit administratif européen*, op. cit., p. 192. Segundo a Autora, estamos perante um "modelo de integração" em que "a aplicação do Direito Comunitário resulta de um processo complexo, implicando uma pluralidade de decisões administrativas complementares e indissociáveis, adoptadas quer a nível nacional, quer a nível comunitário" (idem, p. 185). Este modelo contrapõe-se ao modelo de cooperação em que a administração nacional conserva uma competência exclusiva para aplicar materialmente a regra comunitária, após um procedimento de decisão que associa os serviços da Comissão aos serviços de outros Estados-Membros (ibidem).

apesar de se encontrar essencialmente organizada tendo em vista uma missão de regulamentação, as aspirações da Comissão se prenderem, cada vez mais, com as missões de regulação ⁽⁶³⁰⁾. São, aliás, precisamente estas mesmas aspirações da Comissão em tornar-se, de acordo com MAJONE, *“no único executivo a nível Europeu”* que tornam, segundo o Autor italiano, *“ainda mais urgente a necessidade de uma separação funcional da regulação, enquanto forma distinta de fazer política (policymaking), do poder executivo geral”* ⁽⁶³¹⁾.

Com efeito, a crescente politização da Comissão compromete a sua credibilidade enquanto regulador independente, o que tem funcionado como um argumento a favor do movimento de criação de agências reguladoras europeias independentes em relação à Comissão, mas também em relação aos Estados-Membros e aos próprios operadores do mercado.

A questão de uma eventual centralização dos poderes regulatórios no nível supranacional no domínio dos serviços de interesse económico geral ganhou, assim, um novo interesse com a criação, nos sectores da electricidade e do gás natural, da Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER) que veio substituir o Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás (ERGEG) ⁽⁶³²⁾ e que se junta à Agência Ferroviária Europeia (AFE), criada em 2004 ⁽⁶³³⁾.

Neste momento, e apesar de estas serem as únicas agências europeias a actuar nos sectores dos serviços de interesse económico geral ⁽⁶³⁴⁾, a verdade é que não deixam de reflectir uma tendência oposta ao outrora previsto no Livro Branco sobre os serviços de interesse geral, que citámos atrás, de acordo com o qual seria suficiente a existência de redes de cooperação de reguladores nacionais, coordenadas pela Comissão, para garantir a execução do Direito da União Europeia.

A criação de agências reguladoras europeias independentes nestes sectores enquadra-se, portanto, num movimento mais geral de criação, a nível europeu, de organismos dotados de personalidade jurídica, com um certo grau de autonomia

⁽⁶³⁰⁾ JACQUES ZILLER, “L’ interrégulation dans le contexte de l’intégration européenne et de la mondialisation”, *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 109, 2004, p. 21.

⁽⁶³¹⁾ GIANDOMENICO MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, 1st edition paperback, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 100.

⁽⁶³²⁾ A ACER foi criada pelo Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho. O ERGEG viria a ser, entretanto, dissolvido após a criação da ACER (cfr. Decisão 2011/280/UE da Comissão de 16 de Maio que revoga a Decisão 2003/796/CE).

⁽⁶³³⁾ Cfr. Regulamento (CE) n.º 881/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, alterado posteriormente pelo Regulamento (CE) n.º 1335/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008.

⁽⁶³⁴⁾ Com efeito, e após um debate intenso não se chegou a um acordo quanto à criação no sector das comunicações electrónicas de uma agência reguladora europeia, esclarecendo-se expressamente no preâmbulo do Regulamento n.º 1211/2009, que cria o ORECE, que o ORECE não poderá ser uma agência comunitária, nem ter personalidade jurídica.

organizacional e financeira, tendo em vista a realização de tarefas técnicas, científicas ou administrativas específicas em vários domínios da política da União Europeia ⁽⁶³⁵⁾.

Apesar da existência de alguns traços comuns, a verdade, porém, é que estas agências estão longe de formar um grupo homogêneo o que, de acordo com a Comissão, se fica a dever ao facto de *“terem sido criadas em momentos históricos diversos para dar resposta a exigências pontuais”* ⁽⁶³⁶⁾.

O aparecimento de agências no sistema administrativo europeu representa, no entanto, um desenvolvimento significativo na evolução da arquitectura institucional da União Europeia ⁽⁶³⁷⁾, colocando novos desafios em termos de legitimidade democrática, responsabilidade política e judicial, transparência e participação.

No fundo, estes desafios reproduzem, pelo menos à primeira vista, as mesmas questões que se colocam, ao nível interno dos Estados-Membros, com o aparecimento de autoridades reguladoras independentes. E dizemos à primeira vista porque considerando o particular contexto da União Europeia e do seu quadro institucional, estas questões acabam por assumir uma dimensão completamente diferente a este nível (é o caso, por exemplo, da questão da delegação de poderes nas agências ⁽⁶³⁸⁾).

Para alguns existem, aliás, mais semelhanças entre as comissões reguladoras independentes americanas (federais) e as agências reguladoras europeias do que entre aquelas e as autoridades reguladoras independentes nacionais. Desde logo, porque face ao seu posicionamento supranacional, estas agências podem ser consideradas menos vulneráveis aos fenómenos de captura dos regulados e de captura dos governos nacionais do que as autoridades reguladoras nacionais. Uma análise mais atenta revela, no entanto, que estamos perante organismos com poderes muito limitados, sobretudo, se comparados com os poderes quasi-legislativos e quasi-judiciais de que as comissões reguladoras americanas dispõem.

⁽⁶³⁵⁾ Para uma lista das actuais agências reguladoras europeias consulte-se o site http://europa.eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/policy_agencies/index_pt.htm.

⁽⁶³⁶⁾ Cfr. Comunicação da Comissão sobre o enquadramento das agências europeias de regulação (COM (2002) 718 final, de 11 de Dezembro), p. 3. Sobre a evolução do processo de criação das agências reguladoras europeias, veja-se JOHANNES SAURER, “The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies”, *American University International Law Review*, volume 24 (3), 2009, pp. 440 e segs..

⁽⁶³⁷⁾ DAMIEN GERADIN, “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”, in AAVV, *Regulation Through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, DAMIEN GERADIN et al. (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA, 2005, p. 218.

⁽⁶³⁸⁾ Em causa está a doutrina *Meroni* que tem na sua base um Acórdão do Tribunal de Justiça de 1958 (processo C-10/56) e que, mais de cinquenta anos depois, continua ainda a ser aplicada. De acordo com esta doutrina nenhum órgão comunitário pode delegar poderes noutro órgão que não lhe tenham sido atribuídos pelos Tratados, não podendo, em caso algum, ser delegados poderes discricionários em organismos não previstos nos Tratados. Para maiores desenvolvimentos veja-se STEFAN GRILLER /ANDREAS ORATOR, “Everything under control? The “way forward” for European agencies in the footsteps of the *Meroni* doctrine”, *European Law Review*, volume 35, n.º 1, 2010, em especial pp. 15 e segs..

Com efeito, apesar de se admitir que as agências podem dispor de poderes para adoptar decisões individuais em áreas técnicas específicas em que predomina um único interesse público, não se lhes reconhecem, no entanto, poderes para adoptar medidas regulamentares de carácter geral ⁽⁶³⁹⁾. Da mesma forma, também não podem “*ser atribuídas às agências responsabilidades relativamente às quais o Tratado conferiu à Comissão um poder de decisão directo (por exemplo, na área da política de concorrência)*”, nem podem “*dispor de poderes de tomada de decisão em áreas em que teriam de arbitrar entre interesses públicos contraditórios, exercer um poder discricionário em termos políticos ou realizar avaliações económicas complexas*” ⁽⁶⁴⁰⁾.

Nas palavras de MAJONE, “*em suma, a única fórmula que parece ser aceitável para as autoridades de Bruxelas é um oxímoro: uma agência reguladora sem poderes regulatórios*” ⁽⁶⁴¹⁾.

Com base nos seus poderes, a Comissão Europeia distingue, aliás, dois tipos de agências: as agências de execução e as agências de regulação ⁽⁶⁴²⁾.

Enquanto as primeiras estão incumbidas de tarefas de pura gestão, assistindo a Comissão na execução dos programas comunitários de apoio financeiro, as segundas têm por missão participar activamente no exercício da função executiva, praticando actos que contribuem para a regulação de um determinado sector. Em relação a esta segunda categoria de agências, podem ainda assim estar em causa organismos com poderes bastante distintos. Neste sentido, a Comissão distingue as agências com poderes de decisão, que podem emitir actos jurídicos vinculativos relativamente a terceiros, das agências de assistência que embora não tenham competência para estabelecer instrumentos legais vinculativos, emitem pareceres ou recomendações tendo em vista a elaboração de propostas legislativas ou de decisões específicas pela Comissão.

Concentrando-nos agora apenas na ACER e na AFE, podemos dizer que enquanto a primeira é uma agência reguladora com poderes de decisão, a segunda parece enquadrar-se na classificação das agências reguladoras que embora não tendo competência para adoptar decisões individuais, vinculativas, têm importantes poderes “de facto”, exercendo uma influência considerável sobre as decisões da

⁽⁶³⁹⁾ Livro Branco sobre Governança Europeia (COM (2001) 428, de 25 de Julho), p. 27.

⁽⁶⁴⁰⁾ Ibidem.

⁽⁶⁴¹⁾ GIANDOMENICO MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, op. cit., p. 93.

⁽⁶⁴²⁾ Cfr. Comunicação da Comissão sobre o enquadramento das agências europeias de regulação (COM (2002) 718 final, de 11 de Dezembro). DAMIEN GERADIN critica esta classificação, considerando que a mesma tem falta de rigor analítico, acabando por suscitar mais confusão do que esclarecimento, uma vez que ambas as agências têm, afinal, funções executivas (DAMIEN GERADIN, “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”, op. cit., p. 226).

Comissão que, de certa forma, acabam por condicionar através da emissão das suas recomendações e dos seus pareceres.

Com efeito, a AFE tem como objectivo *“contribuir, no plano técnico, para a aplicação da legislação comunitária destinada a melhorar a posição competitiva do sector ferroviário através do reforço do grau de interoperabilidade dos sistemas ferroviários e a desenvolver uma abordagem comum no domínio da segurança do sistema ferroviário europeu, com vista à realização de um espaço ferroviário europeu sem fronteiras e garantindo um nível de segurança elevado”* (cfr. artigo 1.º do Regulamento n.º 881/2004).

Trata-se, portanto, de um organismo com funções eminentemente técnicas, encarregado de produzir soluções comuns no domínio da segurança e da interoperabilidade da rede ferroviária europeia. Os poderes da AFE limitam-se, assim, à emissão de recomendações dirigidas à Comissão e à elaboração de pareceres e de estudos em matérias relacionadas com as suas áreas de actuação ⁽⁶⁴³⁾.

O objectivo da ACER é, por seu lado, assistir as entidades reguladoras nacionais no exercício, a nível comunitário, das funções de regulação desempenhadas nos Estados-Membros e, se necessário, coordenar a sua actuação (cfr. artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento n.º 713/2009). A ACER deverá também fiscalizar, em colaboração com a Comissão, com os Estados-Membros e com as autoridades nacionais competentes, os mercados internos da electricidade e do gás e, sempre que for adequado, comunicar os dados ao Parlamento Europeu, à Comissão e às autoridades nacionais.

Tendo em vista o cumprimento dos seus objectivos, a ACER tem competência para emitir pareceres e recomendações e para aprovar orientações-quadro não vinculativas (cfr. artigo 4.º do Regulamento n.º 713/2009). Para além destes actos, a ACER pode, no entanto, também aprovar decisões individuais (que produzem efeitos jurídicos vinculativos face a terceiros) em situações que envolvam dois ou mais Estados-Membros e que podem estar relacionadas com questões técnicas, com o regime regulatório a aplicar às infra-estruturas da electricidade e do gás natural que ligam ou que podem ligar dois ou mais Estados-Membros, bem como com isenções às regras do mercado interno para as novas interligações de electricidade e para as

⁽⁶⁴³⁾ De acordo com o art. 2.º do Regulamento n.º 881/2004, a AFE pode dirigir recomendações à Comissão respeitantes, nomeadamente, à adopção de métodos e de objectivos comuns de segurança, bem como de um modelo comum de certificados de segurança e ainda sobre a definição de critérios comuns para a determinação das competências profissionais e da avaliação do pessoal envolvido no funcionamento e na manutenção do sistema ferroviário. Em relação a pareceres, a AFE pode apresentar pareceres à Comissão sobre projectos de concepção e/ou construção, de renovação ou de valorização para os quais seja apresentado um pedido de apoio financeiro comunitário, bem como apresentar pareceres às autoridades competentes dos Estados-Membros sobre aspectos ligados à segurança, entre outros.

novas infra-estruturas de gás localizadas em dois ou mais Estados-Membros (cfr. artigos 7.º a 9.º do Regulamento n.º 713/2009).

Nota-se, portanto, uma certa evolução em relação aos poderes e competências da AFE e da ACER. Este aspecto é tão ou mais interessante se atentarmos no facto de que, em alguns casos, a actuação da ACER pode ter lugar em situações que têm apenas efeitos internos, ao nível de um determinado Estado-Membro, não envolvendo questões transfronteiriças.

Com efeito, de acordo com o artigo 43.º, n.º 1 da Directiva 2009/73/CE, a Comissão ou uma entidade reguladora nacional podem pedir o parecer da Agência sobre a conformidade de uma decisão tomada por outra entidade reguladora com as orientações a que se refere a directiva ou com o Regulamento (CE) n.º 715/2009 (relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural) ⁽⁶⁴⁴⁾.

Por outro lado, de acordo com o artigo 41.º, n.º 1, al. e), da Directiva 2009/73/CE, as autoridades reguladoras nacionais encontram-se também agora obrigadas a relatar anualmente a sua actividade e o cumprimento das suas obrigações não só às autoridades competentes dos Estados-Membros, como à ACER e à Comissão ⁽⁶⁴⁵⁾. Deste modo, passam a ser controladas directamente não só pelos órgãos nacionais, mas também pelas instituições comunitárias.

Estes exemplos de centralização de poderes regulatórios não devem ser considerados, porém, como uma manifestação de um movimento, mais geral, de substituição das autoridades reguladoras nacionais pelas autoridades reguladoras comunitárias.

Basta analisar os estatutos da ACER ou da AFE para concluir que estas agências não se destinam a substituir os reguladores nacionais. Em vez disso, espera-se antes que venham a ser os nós centrais de redes compreendendo autoridades reguladoras independentes nacionais e supranacionais a actuar num determinado sector ⁽⁶⁴⁶⁾.

No preâmbulo do Regulamento n.º 713/2009 que cria a ACER esclarece-se, aliás, que as funções de fiscalização da Agência não deverão constituir uma

⁽⁶⁴⁴⁾ Cfr. o art. 39.º, n.º 1 da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, para o sector da electricidade que tem idêntica redacção. Se a entidade reguladora que tomou a decisão não cumprir o parecer da Agência e a Comissão decidir continuar a avaliar a questão, esta última pode inclusivamente vir a emitir uma decisão vinculativa a exigir que a entidade reguladora em causa retire a sua decisão por considerar que as orientações não foram cumpridas (cfr. art. 43.º, n.º 6, al. b) da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho).

⁽⁶⁴⁵⁾ O relatório em causa deve abranger as medidas tomadas e os resultados obtidos no que respeita a cada uma das funções enunciadas no art. 41.º da Directiva 2009/73/CE (cfr. art. 37.º, n.º 1, al. e) da Directiva 2009/72/CE para o sector da electricidade).

⁽⁶⁴⁶⁾ GIANDOMENICO MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, op. cit., p. 101.

duplicação, nem prejudicar a fiscalização realizada pela Comissão ou pelas autoridades nacionais, em particular pelas autoridades da concorrência. Este aspecto é reforçado, por outro lado, pelo facto de o âmbito de actuação das agências europeias parecer circunscrito às questões que têm uma abrangência comunitária, isto é, que envolvem mais do que um Estado-Membro.

Existem, no entanto, dois sinais importantes que é preciso reter a propósito destas recentes alterações institucionais.

Desde logo, e em primeiro lugar, a par da existência de uma administração indirecta comunitária composta pelas administrações públicas nacionais, parece que está a ganhar corpo, cada vez mais, um novo tipo de administração comunitária, que se caracteriza por um reforço dos poderes executivos da Comissão, bem como pelo aparecimento de agências reguladoras europeias independentes encarregues de assegurar a aplicação uniforme do Direito da União Europeia.

Por outro lado, e em segundo lugar, os termos da relação entre estes dois níveis de administração parecem encontrar-se também numa fase de *transmutação* considerando, em particular, os novos poderes e as novas competências das agências reguladoras europeias entretanto criadas que parecem não se limitar, apenas, a meras funções de assistência da Comissão ou de coordenação dos reguladores nacionais.

Por enquanto, e conforme referimos, ainda foram apenas criadas, a nível comunitário, duas agências independentes nas indústrias de rede: a ACER e a AFE. Parece-nos, no entanto, que não obstante o fracasso recente da criação de uma agência no sector das comunicações electrónicas ⁽⁶⁴⁷⁾, podemos estar perante algo mais do que uma mera tendência.

Com efeito, como se sublinha no Livro Branco sobre Governança Europeia, “o recurso cada vez maior a agências de regulação garantirá uma melhor execução e controlo da aplicação da legislação comunitária em áreas específicas” ao mesmo tempo que “evitará também que a Comissão consagre recursos a tarefas demasiado técnicas” ⁽⁶⁴⁸⁾.

Só o futuro permitirá dizer, no entanto, se a cooperação entre os níveis supranacional e nacional será substituída por uma maior centralização dos poderes regulatórios nas instituições comunitárias, designadamente na Comissão e nas agências reguladoras europeias, com isso levando a uma reinterpretação do próprio princípio da subsidiariedade. Por enquanto, essa centralização verifica-se, sobretudo,

⁽⁶⁴⁷⁾ Cfr. a proposta de regulamento, apresentada pela Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, para a criação de uma Autoridade Europeia para o Mercado das Comunicações Electrónicas que não chegou, no entanto, a ser aprovada – COM (2007) 699 final, de 13 de Novembro.

⁽⁶⁴⁸⁾ COM (2001) 428, de 25 de Julho, p. 34.

em relação a questões em que estão em causa aspectos comuns a mais do que um Estado-Membro e para os quais a acção individual dos Estados-Membros se revela manifestamente insuficiente. Os sectores dos serviços de interesse económico geral, pelas suas características particulares (nomeadamente no caso das indústrias de redes), são disso, aliás, um bom exemplo.

Existem, no entanto, várias questões regulatórias que não tendo (pelo menos directamente) efeitos transnacionais acabam, porém, por ser comuns a toda a União Europeia e para as quais é fundamental melhorar o actual modelo institucional, reforçando as formas de regulação horizontal (entre as autoridades reguladoras nacionais dos diferentes Estados-Membros) e vertical (entre estas e as instituições comunitárias).

A dificuldade está, precisamente, em encontrar o ponto de equilíbrio entre uma adequada repartição de responsabilidades executivas entre os Estados-Membros e a União Europeia que garanta a uniformidade regulatória necessária à construção do mercado interno, por um lado, sem limitar, no entanto, por outro lado, excessivamente, a margem de decisão de que os Estados-Membros dispõem para adaptarem a legislação comunitária às particularidades nacionais.

3.3. Autoridades Reguladoras Independentes. Ponto(s) prévio(s).

Em relação ao nível nacional merece uma especial referência a categoria das autoridades reguladoras independentes que surgem, cada vez mais, como o rosto de uma nova Administração Pública, que se caracteriza por um elevado nível de especialização técnica e uma ampla margem de discricionariedade, tendo em vista o adequado cumprimento das suas funções. Como sublinha RUI MACHETE, a regulação por parte dessas entidades “(...) *representa um modo de prossecução do interesse público diferente da realizada pelas autoridades públicas tradicionais dependentes do executivo; o interesse público concreto defendido pelas entidades administrativas independentes é bem delimitado, não é o interesse público primário geral do comum das autoridades administrativas estaduais*” ⁽⁶⁴⁹⁾.

Encontramo-nos, assim, perante um novo modelo de acção administrativa que combina consenso, persuasão, incitação e procura de equidade ⁽⁶⁵⁰⁾.

⁽⁶⁴⁹⁾ RUI MACHETE, “O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI”, in RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 288.

⁽⁶⁵⁰⁾ JEAN-LOUIS AUTIN, “Le devenir des autorités administratives indépendantes”, *Revue Française de Droit Administratif*, année 26, septembre-octobre 2010, p. 880.

Não será, pois, de estranhar que o aparecimento destas entidades nos ordenamentos jurídicos de matriz continental, e sobretudo a sua multiplicação nos últimos anos, tenha vindo colocar uma série de novas questões à doutrina administrativa (nacional e europeia). A nossa intenção, conforme referimos logo na Introdução a esta Parte II, é, no entanto, analisar apenas aquelas de entre essas questões que nos parecem mais relevantes tendo em conta, por um lado, o objecto da nossa dissertação e, por outro lado, o momento actual da investigação jurídica sobre este tema.

Neste sentido, e porque nos interessa em particular analisar as características das autoridades reguladoras independentes que, desafiando alguns dos princípios gerais mais enraizados na nossa cultura jurídica ⁽⁶⁵¹⁾, fornecem algumas pistas sobre os ordenamentos administrativos modernos, focaremos a nossa atenção, principalmente, no exame e discussão dos problemas relacionados com a legitimidade democrática destas entidades e com o seu controlo e fiscalização.

Antes porém de encetarmos essa análise, existem duas questões prévias que necessitam, em nossa opinião, de ser revisitadas. A primeira prende-se, desde logo, com a designação destas entidades, enquanto a segunda diz respeito ao âmbito e abrangência dos seus poderes.

Longe de ser uma mera questão terminológica, a discussão em torno da concreta qualificação destas novas entidades é, em si mesma, reveladora das especiais *tensões* que rodearam o seu aparecimento e que ainda hoje desafiam a organização administrativa tradicional.

Nos países que adoptam o modelo de administração executiva, estas entidades são tradicionalmente designadas por autoridades administrativas independentes, expressão de origem francesa ⁽⁶⁵²⁾. Foi esta, aliás, também a designação escolhida pelo legislador constitucional português quando, em 1997, aproveitou a quarta revisão constitucional para introduzir no artigo 267.º, n.º 3 da Constituição esta nova categoria jurídica ⁽⁶⁵³⁾.

⁽⁶⁵¹⁾ Como o princípio da separação de poderes, o princípio da unidade do sistema administrativo e o princípio democrático (cfr. artigos 2.º e 111.º da Constituição).

⁽⁶⁵²⁾ Sobre o aparecimento da categoria das autoridades administrativas independentes no ordenamento jurídico francês e respectivas características demarcadoras veja-se, entre outros, MICHEL GENTOT, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991.

⁽⁶⁵³⁾ De acordo com o art. 267.º, n.º 3 da Constituição “*a lei pode criar entidades administrativas independentes*”. CARLOS BLANCO DE MORAIS tece, no entanto, três objecções à solução consagrada pela revisão de 1997 (“As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, pp. 101 e segs.). A primeira, de ordem técnica, prende-se com o emprego da expressão “entidades” em vez de “autoridades” (Idem, p. 111); a segunda, de ordem político-legislativa, censura o facto de “(...) se conceder ao legislador uma habilitação em branco, já que a norma constitucional não referenciou, quer os domínios onde, em abstracto, a instituição dessas autoridades poderá ter

Na definição dada por CARLOS BLANCO DE MORAIS (e na ausência de qualquer definição constitucional) as autoridades administrativas independentes, em sentido lato, podem ser caracterizadas como “(...) *toda a instância de natureza pública criada pela Constituição ou pela lei tendo em vista o exercício predominante da função administrativa, sem que, para esse efeito, o mesmo centro de poder ou os seus membros se encontrem sujeitos a vínculos de subordinação a qualquer órgão jurídico-público, ou a interesses organizados que respeitem ao domínio sobre o qual incide a sua actividade*” ⁽⁶⁵⁴⁾. Estão compreendidas nesta definição abrangente diferentes entidades (com ou sem personalidade jurídica), com distintos poderes, desde autoridades independentes de tipo consultivo, a autoridades independentes de mera fiscalização e controlo, a autoridades independentes dotadas de poderes de administração activa ⁽⁶⁵⁵⁾.

Deste amplo leque de autoridades administrativas independentes interessam-nos, no entanto, apenas, as autoridades encarregues da regulação da economia de mercado, cuja criação na Europa tem sido inspirada no modelo das Comissões Reguladoras Independentes americanas ⁽⁶⁵⁶⁾.

Ora, a designação destas autoridades como autoridades administrativas tem gerado alguma discussão na doutrina, havendo mesmo quem considere que a sua associação a um dos clássicos três poderes (legislativo, executivo e judicial) é um erro, porquanto assenta no “*dogma de que tudo o que não é jurisdicional e legislativo, pertence à administração*” ⁽⁶⁵⁷⁾. Nos Estados Unidos, aliás, estas entidades são frequentemente identificadas com a emergência de um novo quarto poder (regulatório) ⁽⁶⁵⁸⁾. Em sentido diametralmente oposto, PEDRO GONÇALVES afirma, no entanto, que “(...) *não vemos que outra qualificação poderia atribuir-se a entidades que, para tutelar determinados interesses públicos, se vêem incumbidas de atribuir títulos que permitem o acesso a um mercado, de vigiar os agentes que nele intervêm e de os*

um mínimo de justificação material, quer o fim que preside à actividade que desenvolvem” (Ibidem); a terceira e última objecção é de natureza competencial e diz respeito ao facto de não resultar claro da Constituição a existência de uma reserva de competência parlamentar relativamente aos actos legislativos criadores destas autoridades (Idem, p. 113).

⁽⁶⁵⁴⁾ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, op. cit., p. 103.

⁽⁶⁵⁵⁾ Idem, pp. 134 e segs..

⁽⁶⁵⁶⁾ Sobre a origem e características das Comissões Reguladoras Independentes americanas remetemos para o capítulo 4.3, Parte I, *supra*.

⁽⁶⁵⁷⁾ SABINO CASSESE, *La crisis del Estado*, op. cit., p. 53.

⁽⁶⁵⁸⁾ A expressão “quarto poder” (“fourth branch of government”) foi usada, de forma crítica, no relatório elaborado pela Comissão Brownlow, a qual foi criada pelo Presidente Franklin Roosevelt em 1936 para avaliar o desempenho das Comissões Reguladoras Independentes americanas que, à data, se encontravam debaixo de uma forte contestação.

punir com sanções tipicamente administrativas (coimas, suspensões e revogações de licenças)” ⁽⁶⁵⁹⁾.

A qualificação destas entidades como autoridades administrativas acaba, porém, por levantar também algumas questões relativamente ao seu grau de independência face ao Governo, pondo assim em causa o seu qualificativo como independentes. Deste modo, e à primeira vista, poderíamos estar perante uma incompatibilidade entre o seu carácter independente e a natureza necessariamente *dependente* da função administrativa.

CARLOS BLANCO DE MORAIS sublinha, no entanto, o facto de que “(...) o atributo da dependência que assina a actividade administrativa é utilizado para evidenciar a sua submissão, como função secundária, à actividade legislativa, função primária e inovatória”, pelo que “(o) atributo da independência ganha propriedade, não em razão da natureza da função exercida (a qual se pauta igualmente por uma estrita vinculação ou dependência em relação à lei), mas sim no que respeita à ausência de vínculos de subordinação (hierárquica, orientativa e tutelar) das autoridades em análise em relação a outros órgãos do poder político” ⁽⁶⁶⁰⁾.

Pela nossa parte, preferimos adoptar antes a expressão *autoridades reguladoras* em vez de autoridades administrativas, uma vez que se trata de uma expressão *neutra*, ou seja, que não associa estas entidades com nenhum poder em concreto (no caso, o poder executivo).

Com efeito, não obstante as autoridades reguladoras independentes desempenharem, predominantemente, uma função administrativa, são-lhes reconhecidos, igualmente, relevantes poderes normativos (quasi-legislativos) e, nalguns casos, também importantes poderes de resolução de conflitos, nomeadamente entre operadores económicos.

A designação *autoridades reguladoras independentes* coloca, assim, em relevo, sobretudo, o facto de estarmos perante entidades com poderes regulatórios (os quais se caracterizam, precisamente, pela combinação de poderes quasi-legislativos, executivos e quasi-jurisdicionais), colocando o enfoque no elemento que nos parece mais relevante e que é o da sua independência, quer face aos interesses do sector, quer face ao poder político (e também por aqui indirectamente face às pressões dos regulados).

⁽⁶⁵⁹⁾ PEDRO GONÇALVES, “Regulação das Comunicações Electrónicas”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 221. No mesmo sentido, veja-se CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, op. cit., pp. 146-147.

⁽⁶⁶⁰⁾ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, op. cit., p. 147.

Há, no entanto, quem prefira chamar-lhes autoridades reguladoras *autónomas*, por considerar contraproducente a sua qualificação como entidades “independentes”, tendo em conta as questões relacionadas com o défice de responsabilização e de escrutínio desses organismos perante os órgãos com legitimidade democrática directa ⁽⁶⁶¹⁾. Outros Autores, como JEAN-LOUIS AUTIN, preferem essa designação mas porque existem dúvidas sobre a real independência destas entidades em relação ao poder político ⁽⁶⁶²⁾.

O termo “independente” não pode, no entanto, e nem deve, ser entendido em termos absolutos, ou seja, no sentido de ausência de controlo pelo Parlamento ou pelo Governo.

Com efeito, a independência surge, neste contexto, ligada essencialmente a uma ideia de neutralidade política e não de ausência de controlo. É neste sentido, aliás, que SALA ARQUER se refere a um “Estado neutral” ⁽⁶⁶³⁾.

A independência destas entidades deve ser entendida, portanto, acima de tudo, como sinónimo de garantia de uma desejada neutralidade (política) que encontra, por sua vez, na existência de especiais conhecimentos técnicos (*expertise*) a fonte de legitimação da sua actuação.

Deste modo, esta independência, mais do que imparcialidade (que se refere, sobretudo, aos interesses do sector ⁽⁶⁶⁴⁾), significa distanciamento face ao poder político, traduzindo-se em maior credibilidade e previsivelmente maior estabilidade do quadro regulatório face aos programas eleitorais (temporalmente circunscritos) dos partidos políticos ⁽⁶⁶⁵⁾. Estes aspectos são especialmente importantes quando falamos da regulação de sectores, como são os serviços de interesse económico geral, que são duplamente sensíveis quer em termos de *inputs* (intromissões com fins

⁽⁶⁶¹⁾ EDUARDO PAZ FERREIRA / LUIS MORAIS, “A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral”, op. cit., p. 30.

⁽⁶⁶²⁾ JEAN-LOUIS AUTIN, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de regulation”, *Revue de droit publique et de science politique en France et à l'étranger*, 1988, p. 1217.

⁽⁶⁶³⁾ J.M. SALA ARQUER, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 42, 1984, pp. 401 e segs..

⁽⁶⁶⁴⁾ E que assume uma especial relevância quando o Estado continua a ser um dos accionistas (e nalguns casos o accionista maioritário) de alguns operadores económicos.

⁽⁶⁶⁵⁾ Sobre as razões que estão por detrás da delegação de poderes nas autoridades reguladoras independentes vejam-se as conclusões de FABRIZIO GILARDI no seu estudo feito a partir da análise de várias entidades nos países da Europa Ocidental (*Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2008, pp. 124 e segs.). Veja-se igualmente MARTINE LOMBARD, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *L' Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2005 (10), em especial pp. 533 e segs. e MARK THATCHER, “Concurrence ou complémentarité? A propos de la délégation de pouvoirs”, *Révue Française d' Administration Publique*, n.º 109, 2004, pp. 49 e segs..

eleitoralistas), quer de *outputs* (ao influenciarem o comportamento dos operadores e dos consumidores desses sectores).

Em que se concretiza, no entanto, essa independência?

Em causa está uma independência orgânica (que diz respeito às regras de nomeação dos membros destas autoridades ⁽⁶⁶⁶⁾, à duração do seu mandato e às condições em que o mesmo pode ser renovado ou pode cessar ⁽⁶⁶⁷⁾, bem como às condições para o seu exercício, nomeadamente em termos de incompatibilidades e de impedimentos ⁽⁶⁶⁸⁾); uma independência funcional (que afasta estas autoridades de qualquer vínculo de subordinação hierárquica ou tutelar no exercício das funções que lhe são confiadas pela lei ⁽⁶⁶⁹⁾) e uma independência financeira (existência de património próprio ⁽⁶⁷⁰⁾).

A questão de saber até que ponto estas formas de independência são suficientes para garantir a neutralidade política, bem como a imparcialidade destas entidades terá de ser, no entanto, sempre avaliada em cada caso concreto. E aqui reside um paradoxo extremamente interessante.

Com efeito, se por um lado se questiona a independência destas entidades por a mesma pôr em causa o princípio da unidade do sistema administrativo, a verdade é que, simultaneamente, se discute se estamos perante entidades verdadeiramente independentes. Efectivamente, não raras vezes os controlos exercidos, sobretudo pelos órgãos políticos, legislativos e executivos, acabam por mascarar verdadeiras tentativas (ilegítimas) de intromissão na esfera de actuação destas entidades, pondo em causa a sua independência funcional.

Mas quais são os poderes de que gozam as autoridades reguladoras para que a discussão em torno da sua independência surja como central no debate em torno desta categoria de entidades?

⁽⁶⁶⁶⁾ Cfr. art. 21.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro (diploma que aprova os Estatutos do ICP-ANACOM), de acordo com o qual “os membros do conselho de administração são nomeados de entre pessoas com reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional”.

⁽⁶⁶⁷⁾ Cfr. artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 309/2001 que estabelece, respectivamente, as condições de cessação do mandato dos membros do conselho de administração do ICP-ANACOM e os termos em que o mesmo órgão pode ser dissolvido. Veja-se, para o sector da energia, o art. 30.º, números 2 e 4 do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012.

⁽⁶⁶⁸⁾ Cfr. artigos 21.º, números 4 e 5 e 23.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 29.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012. Estas normas visam evitar aquilo que a doutrina anglo-saxónica designa por “revolving-door practices” e que se prende com a troca de lugares entre membros de órgãos de decisão de operadores económicos e membros das autoridades reguladoras independentes e vice-versa.

⁽⁶⁶⁹⁾ Veja-se, a título de exemplo, o disposto no art. 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de acordo com o qual “os membros do conselho de administração são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas”.

⁽⁶⁷⁰⁾ Cfr. art. 42.º do Decreto-Lei n.º 309/2001.

Ainda que o âmbito e extensão dos poderes das autoridades reguladoras independentes sectoriais não seja o mesmo, é um facto incontornável que nos encontramos perante entidades com um vasto leque de poderes ⁽⁶⁷¹⁾. Deste modo, para além dos naturais poderes executivos de que estas entidades dispõem ⁽⁶⁷²⁾, a doutrina costuma reconhecer-lhes igualmente poderes que se aproximam daqueles que são próprios dos órgãos legislativos (daí que se fale em poderes quasi-legislativos) ⁽⁶⁷³⁾ e dos próprios tribunais (poderes quasi-jurisdicionais) ⁽⁶⁷⁴⁾.

É preciso, no entanto, salientar que no modelo europeu de regulação, as autoridades reguladoras independentes têm, à partida, menos poderes do que as suas congéneres americanas, nomeadamente em termos normativos, o que se explica pelo facto de, na maioria dos países europeus, o poder legislativo acabar por regular muito mais do que o Congresso norte-americano ⁽⁶⁷⁵⁾.

⁽⁶⁷¹⁾ Como se reconhece, aliás, no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2001, a propósito dos poderes de que goza o ICP-ANACOM, em que se refere que *“além de emitir actos individuais e concretos vinculativos e formular recomendações concretas, instaurar e instruir os processos e punir as infracções que sejam da sua competência, fiscalizar o cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis ao sector das comunicações, vigiar a actividade das entidades sujeitas à sua supervisão e o funcionamento do mercado das telecomunicações, o ICP — ANACOM há-de poder emitir os regulamentos que se revelem indispensáveis à prossecução das suas funções”*.

⁽⁶⁷²⁾ E que consistem, entre outros, na atribuição de licenças, autorizações, emissão de pareceres e fiscalização e monitorização do cumprimento, pelos operadores e demais participantes no mercado, das leis e dos regulamentos aplicáveis à actividade em causa.

⁽⁶⁷³⁾ Veja-se, entre nós, em relação ao sector das comunicações electrónicas, a competência regulamentar do ICP-ANACOM que se encontra prevista nos artigos 11.º do Decreto-Lei n.º 309/2001 e 125.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro. Pode, de resto, ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2001 que *“(…) a especificidade técnica do sector das comunicações associada às inovações constantes do mesmo impõem a existência de um amplo espaço para a intervenção ordenadora da autoridade de regulação. Trata-se de um poder normativo que assenta no reconhecimento de que só o ICP — ANACOM, fruto da especialização técnica e do conhecimento acumulado, está preparado para responder de forma rápida e flexível às necessidades e mutações constantes que se produzem no sector, em especial no mercado das telecomunicações”*.

⁽⁶⁷⁴⁾ Cfr., a título de exemplo, o art. 10.º da Lei n.º 5/2004, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro (sector das comunicações electrónicas).

⁽⁶⁷⁵⁾ No caso concreto português, um aspecto importante e que, de certa forma, justifica esta diferença é o facto de a transposição de directivas se encontrar reservada ao poder legislativo (cfr. art. 112.º, n.º 9 da Constituição). Merece, aliás, aqui especial referência o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de Dezembro de 2009, proferido no processo C-424/07 (*Comissão Europeia v. República Federal da Alemanha*), em que o Tribunal se pronunciou sobre os poderes das autoridades reguladoras independentes (no caso em concreto, estava em causa o regulador alemão de comunicações electrónicas) e a margem de adaptação de que os Estados-Membros dispõem, não obstante o princípio de autonomia organizacional de que gozam, para estabelecer as competências destas entidades. No caso *sub judice*, o Tribunal viria a concluir, entre outras considerações, que o art. 9.º da Lei sobre as telecomunicações alemã (*Telekommunikationsgesetz*), de 22 de Junho de 2004, limitava o poder discricionário da autoridade reguladora nacional, nomeadamente ao prever que fosse o legislador nacional e não a autoridade reguladora a fazer determinadas avaliações e a adoptar determinadas decisões que, de acordo com as directivas sobre telecomunicações, deveriam ser feitas por aquela — sobre as implicações deste aresto, veja-se o artigo de JACQUES ZILLER, “Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l’ Union

Aliás, mesmo o recente reforço das competências de alguns reguladores, no contexto de maior liberalização dos sectores dos serviços de interesse económico geral, introduzida pela União Europeia, não veio alterar este estado de coisas. Basta ver o exemplo do terceiro pacote de directivas em matéria de energia em que o anunciado reforço de poderes das respectivas autoridades reguladoras nacionais se traduziu, essencialmente, num reforço dos poderes de monitorização e de aplicação de sanções e não no reforço de poderes normativos.

Não obstante o que acabámos de escrever, a verdade é que ainda assim não deixam de se colocar questões interessantes sobre os poderes “quasi-legislativos” destas entidades que, atendendo à sua integração no poder executivo, desafiam o princípio da separação de poderes (e em última análise, a própria democracia representativa) ⁽⁶⁷⁶⁾.

Feita esta análise preliminar sobre a categoria das autoridades reguladoras independentes, deixamos para os próximos capítulos o estudo, mais pormenorizado, de dois aspectos que, em nossa opinião, justificam uma especial atenção e que se encontram intimamente ligados.

O primeiro prende-se, precisamente, com a questão da eventual ausência de legitimidade democrática destas entidades, o que é tão ou mais problemático quando estamos perante organismos com um vasto conjunto de poderes. A questão será aqui, portanto, a de saber de que forma se pode superar a quebra do elo democrático, representada pela independência das autoridades reguladoras em relação ao Governo, a qual se traduz, por sua vez, em independência em relação ao Parlamento (e, em última análise, em relação aos eleitores). O segundo aspecto encontra-se também relacionado com este tema e diz respeito ao controlo político e jurisdicional da actividade das autoridades reguladoras independentes, o qual acaba por funcionar (ainda que indirectamente) como uma forma de legitimação da actuação daquelas entidades e de salvaguarda dos princípios da democracia política.

Deste modo, a pergunta que colocamos e para a qual esperamos encontrar uma resposta nas próximas páginas é como contornar o facto de as autoridades reguladoras independentes, apesar dos seus vastos poderes, não serem eleitas, nem responderem directamente perante órgãos democraticamente eleitos ⁽⁶⁷⁷⁾.

européenne”, *Revue Française de Droit Administratif*, année 26, septembre-octobre 2010, pp. 901 e segs..

⁽⁶⁷⁶⁾ Deixamos, no entanto, esta análise, à luz da evolução recente do Direito Administrativo no contexto do novo modelo do Estado Regulador, para a Parte III desta dissertação, capítulo 3, *infra*.

⁽⁶⁷⁷⁾ O que leva, justamente, alguma doutrina a designar estas entidades como “instituições não-maioritárias” (“non-majoritarian institutions”) (cfr., entre outros, GIANDOMENICO MAJONE, “Nonmajoritarian Institutions and the limits of Democratic Governance: A Political Transaction-

3.3.1. A questão da legitimidade democrática

As questões relacionadas com o défice democrático das autoridades reguladoras independentes há muito que dominam o debate em torno desta categoria de entidades nos Estados Unidos. Em causa está, basicamente, a questão de saber se a regulação deve ser levada a cabo por técnicos devidamente especializados e altamente qualificados ou, antes, por governantes democraticamente eleitos.

A multiplicação recente de autoridades reguladoras independentes em praticamente todos os países ocidentais (e sobretudo nos Estados-Membros da União Europeia) leva-nos a concluir que a opção tem sido, claramente, a favor da primeira hipótese, sendo evidente a preferência por um modelo de regulação de *sábios*.

Deste modo, a questão-chave passou a ser, neste momento, a de saber se a crescente dependência das democracias modernas em relação a estes organismos “não eleitos” (*unelected bodies*) constitui, de alguma forma, um novo perigo para a democracia ⁽⁶⁷⁸⁾. O problema reside na independência destas entidades em relação aos órgãos democraticamente eleitos e no conseqüente défice de controlo político de que as mesmas sofrem ⁽⁶⁷⁹⁾.

Estes aspectos assumem, aliás, uma especial relevância quando a regulação tem também objectivos sociais. Com efeito, as questões sociais são entendidas, regra geral, como questões políticas e que, portanto, deveriam ser os órgãos políticos (democraticamente eleitos) a decidir. O mesmo não se passa com os temas que apresentam repercussões essencialmente económicas, reconhecendo-se, neste caso, a maior preparação técnica destas entidades para lidar com estas questões, quando comparadas, por exemplo, com o Parlamento ou com o Governo.

GIANDOMENICO MAJONE traça uma distinção diferente, entre políticas relativas à eficiência e políticas ligadas à redistribuição. Assim, de acordo com este Autor, “a delegação de importantes poderes de policy-making em instituições

Cost Approach”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, volume 157, 2001, pp. 57 e segs., MARK THATCHER/DAVID COEN, “The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, volume 18, n.º 3, July 2005, pp. 329 e segs.). Os tribunais e a própria Comissão Europeia seriam, aliás, também um exemplo de “instituições não-maioritárias”. A questão da legitimidade democrática das instituições comunitárias tem, de resto, suscitado um intenso debate a nível europeu.

⁽⁶⁷⁸⁾ FRANK VIBERT, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 1.

⁽⁶⁷⁹⁾ Com efeito, trata-se de autoridades que não respondem funcional ou politicamente perante o Parlamento (ou qualquer outro órgão), ao invés do que sucede com o Governo, na sua qualidade de órgão superior da Administração Pública – cfr. os artigos 182.º e 190.º da Constituição.

independentes apenas se encontra democraticamente justificada em relação a assuntos relacionados com questões de eficiência, onde a confiança na expertise e num determinado estilo de resolução de problemas se revela mais importante do que a responsabilidade política directa. Onde prevaleçam preocupações redistributivas, a legitimidade apenas pode ser assegurada com recurso a formas maioritárias (majoritarian means)”⁽⁶⁸⁰⁾.

A verdade, porém, é que independentemente destas distinções, a questão da legitimidade democrática das autoridades reguladoras independentes tem estado, desde o seu aparecimento, no centro de uma ampla discussão.

Entre as várias teorias que têm sido apresentadas para superar o alegado défice democrático das autoridades reguladoras independentes, merecem uma especial referência a teoria da cobertura democrática e a teoria da legitimidade procedimental.

A primeira, que tem sido particularmente estudada no campo da ciência política, enfatiza a existência de uma “cobertura democrática” (“democratic overhead”) que une estas novas entidades às tradicionais entidades democráticas e que é conhecida como a teoria do “principal-agent” ⁽⁶⁸¹⁾. A legitimidade das autoridades reguladoras independentes seria, assim, uma legitimidade indirecta, derivada, na medida em que a mesma adviria da legitimidade própria de órgãos democraticamente eleitos (nomeadamente do Parlamento e do Governo), por via da delegação de poderes que estes fazem naquelas entidades.

Deste modo, de acordo com a teoria da cobertura democrática, o Parlamento e o Governo delegam certos poderes nestas novas instituições sem que exista uma perda democrática (*democratic loss*), uma vez que estes organismos não eleitos funcionam como “agents” em relação a um “principal” democrático ⁽⁶⁸²⁾. Transpondo esta relação “principal-agent” para o nosso ordenamento jurídico podemos encontrar uma correspondência na relação que se estabelece, ao nível da Teoria Geral do Direito Civil, entre comitente e comissário.

Para que a teoria funcione é necessário, no entanto, que exista uma relação clara entre o “principal” e o “agent” e que o primeiro seja efectivamente capaz de exercer um controlo (quer no sentido de direcção, quer de supervisão) sobre a actividade da autoridade reguladora independente.

⁽⁶⁸⁰⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Regulatory legitimacy”, in GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, p. 296.

⁽⁶⁸¹⁾ FRANK VIBERT, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, op. cit., p. 69. Sobre a teoria do “principal-agent”, MARK THATCHER/DAVID COEN, “The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators”, op. cit., p. 332.

⁽⁶⁸²⁾ Segundo FRANK VIBERT, o “principal” democrático pode ser inclusivamente o próprio eleitorado (*The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, op. cit., p. 70).

Ora, um dos problemas clássicos desta teoria prende-se, precisamente, com a tendência dos supostos agentes para irem para além dos poderes que lhes são originariamente delegados, o que é reforçado pelo facto de, regra geral, estar em causa a regulação de aspectos técnicos, altamente complexos, em relação aos quais os órgãos eleitos não possuem conhecimentos suficientes que lhes permitam exercer um controlo efectivo (o que se traduz, aliás, na existência de assimetrias de informação entre “controladores” e “controlados”). Aliás, a verdade é que na maior parte das situações, as autoridades reguladoras independentes são criadas com objectivos genéricos ⁽⁶⁸³⁾, o que acaba por lhes conferir uma ampla margem de actuação no estabelecimento de regras e de procedimentos tendo em vista o cumprimento das suas atribuições.

A maior fragilidade desta teoria reside, porém, no aparente conflito que existe entre o poder de direcção e de controlo que o “principal” deve ter sobre o “agent”, de forma a manter a ligação com o elo democrático, e a independência das autoridades reguladoras.

Esta situação pode ser ilustrada, entre nós, com o poder de tutela que certos membros do Governo têm em relação a algumas autoridades reguladoras independentes, nomeadamente no caso do ICP-ANACOM e da ERSE ⁽⁶⁸⁴⁾. A tutela traduz-se, de acordo com a teoria geral do Direito Administrativo, no poder de controlo que uma pessoa colectiva pública pode exercer sobre outra pessoa colectiva a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua actuação.

A existência deste poder de tutela pode ser, assim, uma forma de manter uma ligação com o elo democrático. Esta é, aliás, a única forma de justificar a existência deste poder que de outro modo correria o risco de ser considerado uma intromissão (ilegítima) do Governo na esfera de acção daquelas entidades pondo em causa a sua independência. Como sublinham MARK THATCHER e DAVID COEN, “se o poder

⁽⁶⁸³⁾ Como sejam “proteger os direitos e interesses dos consumidores em relação a preços, serviços e qualidade de serviço”, “assegurar a objectividade das regras de regulação e a transparência das relações comerciais entre operadores e entre estes e os consumidores”, “contribuir para a progressiva melhoria das condições técnicas, económicas e ambientais nos sectores regulados”, entre outros.

⁽⁶⁸⁴⁾ Cfr. art. 50.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, de acordo com o qual “(s)em prejuízo da sua independência orgânica e funcional, o ICP — ANACOM está sujeito, nos termos dos presentes Estatutos, à tutela do membro do Governo responsável pelas comunicações e, quando for caso disso, do Ministro das Finanças, nos termos dos presentes Estatutos e demais legislação aplicável”. No mesmo sentido, prevê-se no art. 58.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, que “(s)em prejuízo da sua independência orgânica e funcional, a ERSE está sujeita, nos termos dos presentes estatutos, à tutela do Ministro da Economia e, quando for caso disso, do Ministro das Finanças”. Em princípio, e pela análise daqueles normativos, parece poder concluir-se que este poder se encontra previsto apenas em situações muito limitadas, em que estão em causa, sobretudo, actos relativos ao funcionamento daquelas entidades, como seja a aprovação do relatório de actividades e das contas.

político tenta exercer o controlo através da redefinição dos fins regulatórios das instituições “não-maioritárias”, isto pode pôr em causa a capacidade destas entidades para cumprirem os fins da delegação, por exemplo, assumindo compromissos credíveis” ⁽⁶⁸⁵⁾.

Em causa só poderá estar, por isso, uma tutela de legalidade e não também de mérito.

Outro problema que a teoria da cobertura democrática enfrenta prende-se com a existência, bastante comum aliás, de vários “principals” o que dificulta a possibilidade de se estabelecer uma relação clara (e coerente) com o respectivo agente (autoridade reguladora independente). Por outro lado, a existência de uma cadeia difusa de “principals” acaba também por levar à perda do elo democrático com o último “principal” (os eleitores).

Em última análise, a própria concepção doutrinária em que assenta a teoria da cobertura democrática (existência de uma relação “principal-agent” entre o Parlamento e o Governo e as autoridades reguladoras independentes) pode ser posta em causa nos seus pressupostos. Com efeito, os poderes das autoridades reguladoras devem ser vistos como poderes próprios e não como meros poderes delegados. É o caso, por exemplo, do poder regulamentar de que estas entidades gozam no nosso país e que se traduz num poder normativo próprio e autónomo face ao poder legislativo do Parlamento e do Governo ⁽⁶⁸⁶⁾.

Deste modo, e face a todas estas dificuldades parece que a única solução para o alegado défice democrático das autoridades reguladoras independentes se encontra na necessária superação do modelo de democracia que enforma os nossos cânones tradicionais, de acordo com o qual a principal, se não mesmo a única, fonte de legitimidade das instituições públicas assenta na sua responsabilização directa para com os eleitores ou para com os seus representantes democraticamente eleitos ⁽⁶⁸⁷⁾.

Acompanhamos, assim, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA quando escreve que *“(a) legitimação democrática para a acção estadual terá, por isso, de ser procurada, sem prejuízo da representatividade e do modelo formal que propicia, também para além dela: de um lado, junto do modelo pericial, centrado em entidades de saber técnico especializado; de outro, junto do modelo de representação de interesses com renovadas formas de participação; de outro, ainda, junto do modelo da democracia*

⁽⁶⁸⁵⁾ MARK THATCHER/DAVID COEN, “The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators”, op. cit., p. 340.

⁽⁶⁸⁶⁾ Cfr. Parte III, capítulo 3.1.1., *infra*.

⁽⁶⁸⁷⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Regulatory legitimacy”, op. cit., p. 284.

deliberativa, directa, com o que a policentralidade da decisão pública ganha força e consistência”⁽⁶⁸⁸⁾.

Por conseguinte, em vez de se procurar a legitimação democrática das autoridades reguladoras independentes num modelo de legitimidade representativa⁽⁶⁸⁹⁾ tem-se proposto, nomeadamente nos Estados Unidos, um novo modelo de legitimidade baseado numa legitimidade procedimental.

A legitimidade procedimental implica, entre outras coisas, que as autoridades reguladoras são criadas por leis democraticamente aprovadas que definem a sua autoridade legal e os seus objectivos; que os reguladores são nomeados por órgãos democraticamente eleitos; que a tomada de decisões regulatórias obedece a determinadas regras formais, que muitas vezes exigem participação pública; e que as decisões destas entidades são devidamente fundamentadas, encontrando-se sujeitas a controlo judicial⁽⁶⁹⁰⁾.

Esta dimensão procedimental da legitimidade é, por sua vez, complementada pela credibilidade, *expertise* e profissionalismo que caracteriza a actuação das autoridades reguladoras independentes (e que se traduz na sua legitimidade substantiva).

Neste sentido, a eventual falta de legitimidade representativa destas entidades tende a ser “compensada” ao nível da procedimentalização da sua actuação, com o que se enfatizam valores tão ou mais importantes como a transparência, a participação dos interessados e a imparcialidade.

A transparência pode assumir, neste contexto, diferentes formas, desde a publicitação prévia das medidas regulatórias que a autoridade pretende adoptar, de forma a permitir aos potenciais afectados pela sua aplicação a apresentação de comentários e de sugestões⁽⁶⁹¹⁾, passando pela fundamentação das mesmas uma vez aprovadas⁽⁶⁹²⁾.

⁽⁶⁸⁸⁾ MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 51.

⁽⁶⁸⁹⁾ O qual pressuporia a submissão das autoridades reguladoras independentes ao Governo e a subordinação deste, enquanto órgão superior da Administração Pública, ao Parlamento. Refira-se, aliás, que o próprio poder judicial escapa a este modelo de legitimidade representativa.

⁽⁶⁹⁰⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Regulatory legitimacy”, op. cit., p. 291.

⁽⁶⁹¹⁾ Neste sentido, e no sector das comunicações electrónicas, estabelece-se no art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro que “(s)empre que, no exercício das competências previstas na presente lei, a ARN pretenda adoptar medidas com impacto significativo no mercado em causa, incluindo as restrições estabelecidas ao abrigo do artigo 16.º-A, deve publicitar o respectivo projecto, dando aos interessados a possibilidade de se pronunciarem em prazo fixado para o efeito, o qual não pode ser inferior a 20 dias”. Da mesma forma, prevê-se no art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/2001 que “(p)reviamente à aprovação ou alteração de qualquer regulamento cuja emissão seja da sua competência, o ICP — ANACOM deve dar conhecimento ao ministro da tutela, às

Neste particular, torna-se especialmente importante que os regulados, bem como outros interessados no procedimento regulatório, tenham acesso a todos os dados e estudos que a autoridade reguladora tenha em seu poder e que tenham justificado a adopção de determinadas medidas. Aliás, seria mesmo de todo conveniente que as autoridades reguladoras independentes passassem a adoptar, entre nós, e de forma sistemática, uma análise económica dos custos/benefícios de determinadas medidas regulatórias (tendo em conta o seu valor ou a sua importância), do tipo da que é realizada nos Estados Unidos pelas Comissões Reguladoras Independentes ⁽⁶⁹³⁾.

Em concreto, e analisando os procedimentos regulatórios adoptados pelo ICP-ANACOM e pela ERSE (na qualidade de autoridades reguladoras independentes nos sectores das comunicações electrónicas, serviços postais e electricidade e gás natural, respectivamente), podemos distinguir o procedimento geral de aprovação de actos administrativos, o procedimento regulamentar, o procedimento sancionatório e o procedimento de resolução administrativa de litígios ⁽⁶⁹⁴⁾.

O procedimento geral de aprovação de actos administrativos destas entidades rege-se pelo disposto nas suas leis orgânicas e, em tudo o que nelas não estiver estabelecido, pelo disposto no Código do Procedimento Administrativo, nomeadamente em termos de publicidade, participação dos interessados e fundamentação dos actos administrativos que venham a ser adoptados.

Em relação ao procedimento regulamentar, quer os estatutos do ICP-ANACOM, quer os estatutos da ERSE contêm normas específicas a este propósito ⁽⁶⁹⁵⁾, prevendo-se expressamente no artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/2001 que os

entidades concessionárias ou licenciadas, aos operadores, aos demais prestadores de serviços registados, bem como às associações de consumidores de interesse genérico ou específico na área das comunicações, facultando-lhes o acesso aos textos respectivos e disponibilizando-os no seu website”.

⁽⁶⁹²⁾ A exigência de fundamentação não é uma imposição que apenas se aplique à actuação das autoridades reguladoras independentes. Com efeito, a mesma decorre, desde logo, do disposto no art. 124.º do Código do Procedimento Administrativo. Podemos encontrar, no entanto, em legislação avulsa, algumas aplicações concretas do princípio geral de fundamentação. Assim, prevê-se no art. 11.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 309/2001, em relação aos regulamentos aprovados pelo ICP-ANACOM, que “(o) relatório preambular dos regulamentos fundamenta as decisões tomadas, com necessária referência às críticas ou sugestões que tenham sido feitas ao projecto”.

⁽⁶⁹³⁾ Cfr. sobre este tema, Parte I, capítulo 4.3., nomeadamente a bibliografia que aí é citada.

⁽⁶⁹⁴⁾ Por sua vez, os procedimentos adoptados pelas Comissões Reguladoras Independentes americanas, no âmbito do *Administrative Procedure Act* (APA), são, basicamente, de dois tipos: de tipo judicial (no caso de *formal adjudication*) e de tipo “notice-and-comment” (nas situações de *rulemaking*) – sobre cada um destes procedimentos e as suas especificidades veja-se STEVEN CROLEY, *Regulation and Public Interests: the possibility of good regulatory government*, op. cit., pp. 81-89.

⁽⁶⁹⁵⁾ Cfr. artigos 11.º do Decreto-Lei n.º 309/2001 e 11.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012.

regulamentos adoptados pelo ICP-ANACOM devem observar os princípios da legalidade, da necessidade, da clareza, da participação e da publicidade.

Quanto ao procedimento sancionatório, dispõe-se no artigo 10.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/2001, em relação ao ICP-ANACOM que *“(o)s procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, do contraditório e demais princípios constantes do Código do Procedimento Administrativo e, quando for caso disso, do regime das contra-ordenações”*.

Finalmente, em relação ao procedimento de resolução administrativa de litígios, o mesmo encontra-se previsto para o ICP-ANACOM, quer no sector das comunicações electrónicas, quer no sector dos serviços postais. Em causa está a resolução, por esta entidade, através de decisão vinculativa, de quaisquer litígios surgidos entre operadores, relacionados com as obrigações decorrentes dos respectivos regimes jurídicos das comunicações electrónicas e da prestação de serviços postais ⁽⁶⁹⁶⁾.

Em conclusão, se a actuação das autoridades reguladoras independentes for suficientemente transparente e objectiva, se a mesma se encontrar devidamente fundamentada ⁽⁶⁹⁷⁾ e aberta à participação de terceiros interessados (como os regulados e os consumidores) a mesma deve ser considerada, em si mesma, democrática e legítima, ainda que estejamos perante organismos não eleitos. Trata-se de uma legitimidade que decorre da existência de um procedimento público, participado e imparcial que serve o interesse público.

Por outro lado, a existência de procedimentos transparentes, com regras definidas e conhecidas de todos os interessados contribui igualmente para diminuir o risco de captura do regulador pelos regulados. O mesmo não se poderá dizer, no entanto, de um modelo que assente única e exclusivamente na legitimidade representativa, conhecida que é a influência que certos grupos de interesses privados, em particular os regulados, exercem (ou tentam exercer) sobre certos órgãos democraticamente eleitos em troca, precisamente, de apoio quanto à sua reeleição.

⁽⁶⁹⁶⁾ Cfr. art. 10.º da Lei n.º 5/2004, com a redacção dada pela Lei n.º 51/2011 (comunicações electrónicas) e art. 54.º da Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril (serviços postais). Veja-se igualmente o procedimento de resolução de litígios da competência da ERSE (cfr. art. 20.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012).

⁽⁶⁹⁷⁾ Nas palavras de JERRY MASHAW, e em concreto a propósito do dever de fundamentação das decisões ou das medidas adoptadas pelos reguladores, *“o dever de fundamentação (“reason giving”) afirma a centralidade do indivíduo numa república democrática. Este trata as pessoas como agentes morais racionais que têm o direito de avaliar e de participar num diálogo sobre as políticas oficiais tendo por base uma discussão fundamentada. Trata-se de afirmar o indivíduo como sujeito em vez de objecto da lei”* (“Reasoned Administration: the European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance”, George Washington Law Review, volume 76 (1), 2007, p. 118).

A questão da legitimidade democrática das autoridades reguladoras independentes encontra-se intimamente ligada, por sua vez, à questão do seu controlo político e jurisdicional. Com efeito, em democracia, aqueles que têm o poder devem não só ser capazes de justificar a sua actuação (legitimidade), como também responder pela forma como exercem esse poder (*accountability*) ⁽⁶⁹⁸⁾.

3.3.2. Quem regula os reguladores? O controlo político e jurisdicional.

A independência das autoridades reguladoras independentes é, conforme referimos no capítulo anterior, meramente relativa. Em causa está apenas uma independência orgânica, funcional e financeira e não uma completa ausência de controlo político ou jurisdicional.

O termo controlo pode ter, porém, diferentes significados. Pode ser usado no sentido de “directão” de um determinado comportamento ou actuação ou, pura e simplesmente, no sentido de “fiscalização” de um comportamento, nomeadamente averiguando se o mesmo é exercido dentro de determinados parâmetros pré-estabelecidos. No primeiro sentido, à lógica de direcção anda associada também a ideia de responsabilidade. Com efeito, aquele que é dirigido é, simultaneamente, responsável (no sentido de obrigado a prestar contas) perante o *dirigente*.

No caso do controlo das autoridades reguladoras independentes está em causa, apenas, o segundo sentido da palavra, ou seja, o termo controlo é usado como sinónimo de fiscalização e não de direcção, uma vez que estamos perante entidades funcionalmente independentes do Governo e do Parlamento. Neste sentido, o controlo que é exercido sobre as autoridades reguladoras independentes destina-se, sobretudo, a verificar se as mesmas actuam no âmbito das suas atribuições, respeitando as competências que lhes são atribuídas pela lei.

Existe, no entanto, uma linha muito ténue, que nem sempre é fácil de traçar, entre a necessária independência das autoridades reguladoras para o exercício das suas funções de regulação e o controlo da sua actividade pelo poder legislativo, executivo e jurisdicional. A dificuldade em traçar o contorno desta linha é ainda maior se tivermos em conta a margem de livre decisão de que estas entidades gozam no exercício das suas funções.

⁽⁶⁹⁸⁾ FRANK VIBERT, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, op. cit., p. 169.

Como bem nota GIANDOMENICO MAJONE, *“a raiz do problema da legitimidade regulatória na Europa nos dias de hoje não é o excesso de independência, mas, pelo contrário, a ameaça constante de uma interferência política”* ⁽⁶⁹⁹⁾.

Mas quem regula os reguladores? Com efeito, os reguladores regulam os operadores de um determinado sector, regulando, em última análise, o funcionamento desse mercado em concreto, mas quem os regula a eles?

A nossa análise cingir-se-á, apenas, às formas de controlo político e de controlo jurisdicional a que as autoridades reguladoras independentes, no domínio dos serviços de interesse económico geral (ICP-ANACOM e ERSE), se encontram sujeitas.

Deste modo, e em relação ao controlo político, o mesmo é levado a cabo quer pela Assembleia da República, quer pelo Governo. Assim, para além do poder de tutela que determinados membros do Governo têm quer sobre o ICP-ANACOM, quer sobre a ERSE, e a que já nos referimos no capítulo anterior, existem outras formas de controlo.

A primeira passa, desde logo, pela aprovação dos estatutos das autoridades reguladoras, que são o termo de referência para a sua actuação, ao definirem as suas atribuições e respectivas competências. Da mesma forma, a alteração desses mesmos estatutos, ampliando ou diminuindo os poderes inicialmente atribuídos a uma determinada entidade ou alterando o seu quadro institucional originário, acaba também por funcionar como uma importante forma de controlo político sobre estas entidades. Trata-se, aliás, de um controlo muito relevante nos Estados Unidos, na medida em que não obstante os membros das Comissões Reguladoras Independentes serem nomeados pelo Presidente (poder executivo), a sua criação cabe ao Congresso, sendo os respectivos estatutos aprovados por este mesmo órgão legislativo. Este poder do Congresso acaba, assim, por funcionar, no sistema jurídico-constitucional americano, como uma importante forma de controlo ao serviço do próprio sistema de “checks-and-balances”.

No nosso caso, quer o ICP-ANACOM, quer a ERSE foram criados através de decreto-lei do Governo, o qual aprovou também os seus estatutos. Esta solução é, em geral, criticada por VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS para quem *“(...) a instituição das AAI devia caber sempre à Assembleia da República, uma vez que faz pouco sentido ser o próprio Governo a subtrair, por vontade própria, à sua direcção e responsabilização, uma parte do aparelho administrativo, em restrição da norma constitucional que o constitui como “órgão supremo da Administração Pública”* ⁽⁷⁰⁰⁾.

⁽⁶⁹⁹⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Regulatory legitimacy”, op. cit., pp. 299-300.

⁽⁷⁰⁰⁾ VITAL MOREIRA / FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, op. cit., p. 252. No caso do ICP-ANACOM há que fazer, no entanto,

Tendemos a concordar com semelhante argumento, para além de que a criação das autoridades reguladoras independentes (e consequente aprovação dos seus estatutos) pelo Parlamento seria igualmente uma forma de fortalecer a base democrática destas entidades.

A verdade, porém, é que a complexidade dos temas regulatórios, bem como, nalguns casos, a sua extrema tecnicidade e sofisticação, culminam, muitas vezes, com a adopção de estatutos vagos que atribuem amplos poderes às autoridades reguladoras para regular sectores particulares da economia em nome do interesse público, o que acaba por reduzir, de forma significativa, a eficácia desta forma de controlo.

Já a nomeação dos membros das autoridades reguladoras é vista, em vários ordenamentos jurídicos, não só como a forma de controlo mais evidente, mas também como a mais efectiva, de que os políticos dispõem em relação a estas entidades. No nosso caso, porém, a lei tende a limitar, logo à partida, a margem de livre escolha dos nomeados, exigindo-se que os mesmos sejam escolhidos de entre pessoas que possuam qualificações adequadas e reconhecida competência técnica e profissional na área em causa. Há que reconhecer, porém, que semelhante exigência legal dificilmente constitui um impedimento a que sejam designadas pessoas da confiança política do Governo ⁽⁷⁰¹⁾.

uma ressalva. Com efeito, apesar de o ICP-ANACOM ter sido, efectivamente, criado através de decreto-lei do Governo (Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro), que aprovou também os seus estatutos, as suas atribuições, bem como as suas competências em matéria de comunicações electrónicas e de serviços postais constam igualmente de dois diplomas aprovados pela Assembleia da República. Referimo-nos à Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das comunicações electrónicas) e às suas sucessivas alterações, a última das quais aprovada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro e à Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril que aprova o regime jurídico aplicável à prestação de serviços postais. Com efeito, estes diplomas contêm várias disposições sobre as atribuições e competências do ICP-ANACOM no sector das comunicações electrónicas e no sector dos serviços postais, respectivamente, podendo considerar-se que estamos, em relação a estes sectores em concreto, perante uma alteração implícita dos estatutos do ICP-ANACOM inicialmente aprovados em 2001. Refira-se, aliás, que o Governo aprovou, em 7 de Março de 2013, uma proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, integrando a sua criação, extinção, fusão ou cisão na reserva de Lei Parlamentar, deixando, no entanto, para diploma do Governo a aprovação dos respectivos estatutos (cfr. proposta de lei n.º 132/XII (2.ª), publicada no Diário da Assembleia da República de 14 de Março de 2013).

⁽⁷⁰¹⁾ De acordo também com a proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes aprovada pelo Governo, o conselho de administração destas entidades passa a ser designado por Resolução do Conselho de Ministros, antecedida da emissão de parecer da Comissão de Recrutamento e Selecção da Administração Pública relativa à adequação do perfil do indivíduo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento aplicáveis, e de audição da comissão competente da Assembleia da República (cfr. proposta de lei n.º 132/XII (2.ª), publicada no Diário da Assembleia da República de 14 de Março de 2013).

Relacionada com esta forma de controlo, está também o poder de demissão dos membros do conselho de administração das autoridades reguladoras. Trata-se de um poder *perigoso*, na medida em que existe o risco de serem cometidos abusos no seu exercício. Por isso mesmo, e porque a previsão de um poder de demissão excessivamente vasto acabaria por *minar* a independência das autoridades reguladoras, o mesmo apenas se encontra previsto em situações muito limitadas, nomeadamente no caso de faltas graves ⁽⁷⁰²⁾.

Por outro lado, e uma vez que estamos perante entidades, cuja natureza é de raiz administrativa, as mesmas também se encontram sujeitas a um controlo orçamental e financeiro, o qual se traduz quer na necessidade de aprovação do seu orçamento ⁽⁷⁰³⁾, quer na sujeição ao controlo do próprio Tribunal de Contas ⁽⁷⁰⁴⁾. A verdade, porém, é que estando em causa entidades dotadas de autonomia financeira e de património próprio, qualquer pressão que possa ser exercida por esta via (orçamental) tenderá a ser, à partida, sempre mais reduzida.

Finalmente, encontra-se também prevista a apresentação de relatórios anuais sobre as actividades de regulação quer ao Governo, quer à Assembleia da República ⁽⁷⁰⁵⁾. Aliás, no caso da Assembleia da República, está ainda prevista a realização de audições do presidente do conselho de administração da autoridade reguladora a solicitação das comissões competentes, para prestar informações ou esclarecimentos sobre as suas actividades ⁽⁷⁰⁶⁾. Não se trata, porém, de um controlo regular (salvo no caso da apresentação dos relatórios anuais), o que é desde logo criticável. Semelhante crítica é, aliás, reforçada se tivermos em consideração que qualquer controlo exercido sobre as autoridades reguladoras independentes enfrenta sempre um problema de assimetria de informação.

⁽⁷⁰²⁾ O poder de demissão pertence ao Conselho de Ministros estando previsto, no caso da demissão dos membros do conselho de administração do ICP- ANACOM e da ERSE, apenas para situações em que tenham sido cometidas faltas graves no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo (cfr. art. 23.º, n.º 1, al. d) do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 30.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012) e no caso da destituição do próprio órgão conselho de administração, em situações de graves irregularidades no funcionamento do órgão ou de considerável excesso das despesas realizadas sobre as orçamentadas, sem justificação adequada (cfr. art. 24.º do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 30.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012).

⁽⁷⁰³⁾ Quer o orçamento do ICP-ANACOM, quer o orçamento da ERSE integram o Orçamento Geral do Estado. No caso da ERSE, o projecto de orçamento é submetido a aprovação do Ministro da Economia (cfr. art. 51.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012).

⁽⁷⁰⁴⁾ Cfr. art. 54.º do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 62.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012.

⁽⁷⁰⁵⁾ Cfr. art. 51.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 7.º-A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012.

⁽⁷⁰⁶⁾ Cfr. art. 51.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 59.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012.

Com efeito, é normal que as autoridades reguladoras disponham de muito mais informação do que o governo ou os deputados “(a)té porque nas áreas onde existe regulação independente se verificou, regra geral, uma desvalorização ou eliminação de outras entidades que na administração pública pudessem acumular conhecimento e capacidade de análise sobre os assuntos” ⁽⁷⁰⁷⁾.

Da análise das formas de controlo político previstas na lei, para o ICP-ANACOM e para a ERSE, podemos concluir que o Governo tem um poder de controlo maior do que a Assembleia da República.

Ora, esta conclusão merece um comentário. Com efeito, conforme referimos acima, nem sempre é fácil distinguir o controlo (legítimo) de intromissões (ilegítimas) na esfera de actuação das autoridades reguladoras independentes ⁽⁷⁰⁸⁾. Deste modo, e como bem sublinha JOÃO CONFRARIA, “(a) entidade política mais adequada para a fiscalização da regulação independente do governo é, naturalmente, a Assembleia da República, caso se mantenham os objectivos de evitar interferências do governo no processo regulativo que estiveram subjacentes à criação de entidades independentes” ⁽⁷⁰⁹⁾.

Em relação ao controlo jurisdicional da actividade das autoridades reguladoras independentes o mesmo é hoje pacificamente admitido ⁽⁷¹⁰⁾.

Mas terão os tribunais capacidade para fiscalizar verdadeiramente a actuação das entidades reguladoras?

Podemos identificar, desde logo, duas dificuldades: por um lado, para além da questão dos limites do controlo jurisdicional em matéria de discricionariedade, existe também a questão da competência técnica para rever decisões e actuações que são altamente complexas.

⁽⁷⁰⁷⁾ JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, op. cit., p. 141.

⁽⁷⁰⁸⁾ Num estudo publicado em 2005, MARK THATCHER dava conta das interessantes conclusões a que chegou sobre as formas de controlo político, a partir da análise do quadro institucional regulatório em quatro países europeus (Inglaterra, França, Alemanha e Itália). De acordo com o Autor, os dados que recolheu permitiram-lhe concluir que, não obstante as diferenças verificadas entre autoridades reguladoras independentes, os políticos raramente fazem uso das formas de controlo que têm ao seu dispor, pelo que raramente nomeiam membros do seu próprio partido para os órgãos destas entidades ou se sobrepõem às suas decisões ou aplicam cortes orçamentais como forma de as punirem (MARK THATCHER, “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, volume 18, n.º 3, July 2005, pp. 347 e segs.).

⁽⁷⁰⁹⁾ JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, op. cit., pp. 140-141.

⁽⁷¹⁰⁾ Vejam-se os Estatutos do ICP-ANACOM, bem como os da ERSE onde se prevê que a actividade de natureza administrativa destas entidades se encontra sujeita à jurisdição administrativa, enquanto as sanções por infracções contra-ordenacionais são impugnáveis, nos termos gerais, junto dos tribunais judiciais (cfr. art. 53.º do Decreto-Lei n.º 309/2001 e art. 61.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012).

Começando pelo primeiro aspecto, decorre de tudo quanto já escrevemos acima que as autoridades reguladoras independentes dispõem de uma ampla margem de decisão na escolha das várias alternativas possíveis tendo em vista a regulação de situações concretas (discricionariedade) ⁽⁷¹¹⁾, bem como na valoração de conceitos indeterminados.

As razões são claras. Em causa estão sectores económicos relativamente complexos que exigem uma actuação flexível da parte do poder público, para além de conhecimentos técnicos especializados.

Ora, neste contexto, o legislador não só não tem capacidade para prever todas as questões, como também não consegue antecipar todas as respostas. Ainda assim, e como sublinha SÉRVULO CORREIA, mesmo esta “autonomia pública” assenta numa “(...) *norma jurídica específica que concede o poder de agir a um órgão em face de, pelo menos, alguns dos elementos da situação concreta enunciados na previsão da norma*” ⁽⁷¹²⁾.

Nestes casos, o controlo jurisdicional é, portanto, sobretudo um “controlo dos motivos”, um “controlo de proporcionalidade”, enfim, um controlo, não da qualificação estrita, mas do erro manifesto de apreciação ⁽⁷¹³⁾. Entender de outra forma, e admitir uma apreciação do mérito da decisão ou da medida adoptada pelo regulador, significaria abrir caminho à possibilidade de substituição deste pelo juiz e a uma violação inaceitável do princípio da separação de poderes.

Deste modo, salvo nas situações em que estejamos perante um poder vinculado, nas restantes situações, em que as autoridades reguladoras exercem a sua margem de livre decisão, o controlo jurisdicional dever-se-á limitar a identificar a ocorrência de vícios do acto administrativo, como o desvio de poder (ilegalidade típica do exercício de poderes discricionários) ou um erro grosseiro ou manifesto de apreciação ou ainda a violação de princípios constitucionais.

Existe, assim, uma parte da actividade das autoridades reguladoras independentes que se encontra subtraída ao controlo jurisdicional. Com efeito, de fora

⁽⁷¹¹⁾ Em causa está quer uma “discricionariedade de escolha”, quer uma “discricionariedade de decisão” (cfr. JOSÉ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 323 e p. 479). No primeiro caso, trata-se de uma escolha entre agir e não agir, enquanto no segundo trata-se de optar entre o sentido da decisão.

⁽⁷¹²⁾ JOSÉ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 490. Da mesma forma, BERNARDO DINIS DE AYALA define a discricionariedade administrativa como o “(...) *espaço de livre decisão conferido pelo “bloco de legalidade”, no âmbito do qual o titular competente exerce, de acordo com as orientações e dentro dos limites da norma habilitadora, um poder administrativo de acordo com critérios por ele livremente escolhidos, com base num juízo de prognose e com vista à composição de todos os interesses em jogo*” (O *défice de* controlo judicial da margem de livre decisão administrativa, Lex, Lisboa, 1995, p. 107).

⁽⁷¹³⁾ GÉRARD TIMSIT, “Les Deux Corps du Droit. Essai sur la notion de régulation”, op. cit., p. 393.

desta fiscalização fica a substância da decisão, o seu sentido material, que apenas pode ser objecto de um controlo negativo ou externo dos limites da juridicidade.

Nesta parte, o controlo jurisdicional da actividade das autoridades reguladoras independentes não apresenta, porém, nenhuma particularidade. Com efeito, o problema do controlo da actividade discricionária da Administração, bem como da valoração de conceitos verdadeiramente indeterminados, não é novo, vigorando, no Direito Administrativo português, um princípio geral do controlo jurisdicional limitado da margem de livre decisão administrativa ⁽⁷¹⁴⁾ que também se aplica nestes casos.

A crescente importância da actividade regulatória no contexto do novo modelo administrativo do Estado Regulador traz consigo, no entanto, não só uma ampliação (quantitativa) do campo da margem de livre decisão administrativa, mas também alguns desafios novos, que nos levam, justamente, a questionar se o controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes nos moldes tradicionais é suficiente ou se o mesmo carece de ser *adaptado* a estas novas realidades.

Em relação ao âmbito e natureza dos poderes discricionários das autoridades reguladoras merece, desde logo, uma especial referência o conceito de discricionariedade técnica que tem suscitado várias discussões doutrinárias.

Com efeito, durante muito tempo, discutiu-se se estávamos, ou não, perante um caso de insindicabilidade contenciosa ⁽⁷¹⁵⁾. Noutro plano, são vários os Autores a considerar que este conceito não é reconduzível à natureza jurídica da discricionariedade administrativa, consubstanciando, pelo contrário, uma actividade de valoração de conceitos indeterminados ⁽⁷¹⁶⁾.

⁽⁷¹⁴⁾ J. M. SÉRVULO CORREIA, “Efectividade e Limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos civis”, in AAVV, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume 2, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1763.

⁽⁷¹⁵⁾ Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL depois de inicialmente ter considerado que a discricionariedade técnica seria uma forma de *discricionariedade imprópria* (que descreve como as situações em que um poder jurídico é conferido à Administração em termos tais que o seu titular não se deve considerar autorizado a escolher livremente entre várias soluções possíveis, mas antes obrigado a procurar a única solução adequada que o caso comporta) viria a mudar a sua posição, considerando, hoje em dia, que estamos perante um caso de verdadeira autonomia por parte da Administração (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II (com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL), 2.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 92-93). Sobre o conceito de discricionariedade técnica veja-se MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Sobre a discricionariedade técnica”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXVI, números 1-2-3, Janeiro-Setembro 1994, pp. 33 e segs..

⁽⁷¹⁶⁾ BERNARDO DINIS DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, op. cit., p. 114, MARIA LUÍSA DUARTE, “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 370, Novembro, 1987, p. 47, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 621 e segs..

Face ao novo contexto, e considerando em concreto as competências das entidades reguladoras nos sectores dos serviços de interesse económico geral, o conceito de discricionariedade técnica ganha, no entanto, em nossa opinião, uma nova centralidade.

Efectivamente, e conforme já referimos acima, a actuação das autoridades reguladoras independentes caracteriza-se, em grande parte, por fazer apelo a especiais conhecimentos técnicos ou de ciência, que ultrapassam o âmbito jurídico e que envolvem, em muitas situações, conhecimentos próprios de outras ciências, nomeadamente da economia. Ora, em nossa opinião, esses conhecimentos são necessários não só na aplicação de conceitos legais indeterminados, mas também para escolher, de entre as várias soluções legalmente possíveis, aquela que se considera como a mais adequada em face das exigências do interesse público. Não concordamos, portanto, que a discricionariedade técnica se reconduza sempre a uma actividade de valoração de conceitos indeterminados.

Por exemplo, quando se prevê que compete à ERSE *“assegurar a existência de condições que permitam a obtenção do equilíbrio económico e financeiro, por parte das actividades dos sectores regulados exercidos em regime de serviço público, quando geridas de forma adequada e eficiente”* ou *“contribuir para a progressiva melhoria das condições económicas, qualitativas, técnicas e ambientais dos sectores regulados”* não oferece dúvidas a afirmação de que a intenção do legislador foi conceder a esta entidade uma margem de livre decisão para escolher as medidas que considera, em cada caso concreto, como mais adequadas para atingir os referidos fins, considerando a evolução e o estado de abertura dos sectores em questão. A norma funciona aqui apenas como ponto de partida, deixando ao aplicador liberdade para, em concreto, a complementar, concretizando-a. A abertura da norma não se limita, porém, a remeter para uma “operação intelectual explicativa e demonstrativa”, mas sim para um verdadeiro “acto de volição” ⁽⁷¹⁷⁾.

A escolha destas medidas pressupõe, no entanto, não só o preenchimento de conceitos verdadeiramente indeterminados (como são os conceitos de “equilíbrio económico e financeiro” e de “gestão adequada e eficiente”, por exemplo), mas implica igualmente a ponderação dos factos e de todos os interesses em jogo, tendo por base conhecimentos técnicos próprios, bem como informação a que só a autoridade reguladora, pela sua posição face aos operadores, tem acesso (nomeadamente sobre o mercado).

⁽⁷¹⁷⁾ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção), de 17.1.2007, P 1068/06”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 70, Julho/Agosto 2008, p. 47.

Com efeito, e em relação ao primeiro caso, uma forma de salvaguardar o equilíbrio económico e financeiro das actividades dos sectores do gás natural e da electricidade é através da aprovação, pela ERSE, de tarifas reguladas. Ora, ao aprovar as referidas tarifas, a ERSE goza de uma ampla margem de decisão quer quanto à sua estrutura, quer quanto à determinação do valor de cada uma das suas componentes (por exemplo, quanto à determinação da taxa de remuneração a aplicar ao activo líquido ou quanto à definição dos activos fixos a remunerar). No segundo caso, é ainda mais visível a existência dessa margem de livre decisão administrativa pela parte da ERSE que pode escolher entre várias medidas diferentes tendo em vista *contribuir para a progressiva melhoria das condições técnicas e ambientais das actividades* dos sectores da electricidade e do gás natural, podendo optar, por exemplo, por penalizar determinados comportamentos que afectem o meio-ambiente ou por obrigar os consumidores a instalarem contadores inteligentes nos locais de consumo.

Deste modo, em qualquer um destes casos, não está apenas em causa uma actividade de valoração de conceitos indeterminados (técnicos), mas verdadeira discricionariedade (técnica) ao envolver a ponderação dos vários interesses públicos e privados tendo em vista a escolha da medida regulatória mais apropriada ⁽⁷¹⁸⁾.

Nem sempre é fácil, no entanto, distinguir as situações em que existe verdadeira aplicação de uma margem de livre decisão (seja através da modalidade da discricionariedade, seja através do uso de conceitos verdadeiramente indeterminados), daquelas situações em que, em bom rigor, não existe um espaço de autonomia, isto não obstante o recurso a critérios técnicos ⁽⁷¹⁹⁾.

Aliás, continua a existir entre nós quem defenda que “(a) *aplicação administrativa de normas técnico-científicas não envolve* (por conseguinte) *o reconhecimento jurídico de um verdadeiro espaço de liberdade decisória entre várias soluções possíveis: a utilização de normas técnicas e científicas não atribui ao decisor a faculdade de formular uma vontade livre para escolher entre várias soluções, nem implica uma*

⁽⁷¹⁸⁾ SÉRVULO CORREIA refere-se a este propósito a preceitos acoplados (“Koppelungsvorschrift”) em que “a existência de conceito ou conceitos indeterminados na previsão da norma se conjuga com a inclusão na estatuição de um operador permissivo (Erlaubnisoperator) próprio de um preceito de possibilidade (Kann-Vorschrift) e, portanto, de atribuição de discricionariedade” (JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção), de 17.1.2007, P 1068/06”, op. cit., p. 53).

⁽⁷¹⁹⁾ É o que sucede, por exemplo, quando se recorre a conceitos indeterminados classificatórios cuja imprecisão é apenas condicionada pela linguagem, e portanto, solucionável através de raciocínios teórico-discursivos. Estes conceitos distinguem-se dos conceitos verdadeiramente indeterminados em que o legislador remete para o executor a competência de fazer um juízo baseado na sua experiência e nas suas convicções, que não é determinado, mas apenas enquadrado por critérios jurídicos (JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 474).

valoração ou ponderação de interesses, antes o “amarra” aos critérios objectivos decorrentes da aplicação de tais normas extrajurídicas” ⁽⁷²⁰⁾.

Pelo que já escrevemos acima, esta posição suscita-nos, porém, algumas reservas.

Com efeito, apesar de nem sempre o recurso a especiais conhecimentos técnicos implicar, necessariamente, uma margem de livre decisão, em muitas situações da actividade das autoridades reguladoras independentes é isso que se verifica. Aliás, a especial preparação técnica e científica destas mesmas entidades não só justifica que lhes sejam atribuídos amplos poderes regulatórios, como é mesmo condição da sua independência face aos restantes poderes.

O principal problema reside, no entanto, quanto a nós, no risco de os Tribunais, baseando-se precisamente nos especiais conhecimentos técnicos a que as autoridades reguladoras frequentemente recorrem e que, no fundo, são um dos traços característicos da sua actuação, se escusarem a controlar a sua actividade ou de (auto)limitarem o seu controlo à figura do “erro manifesto de apreciação”, refugiando-se no argumento de que as *questões técnicas e científicas são da exclusiva competência dos especialistas*.

É preciso, no entanto, ir mais longe, revolucionando as formas de controlo jurisdicional, de forma a adaptar os nossos Tribunais e os nossos juízes para estas novas realidades não só institucionais mas, acima de tudo, conceptuais e que surgem ligadas ao novo papel do Estado e às suas novas formas de intervenção na economia e no mercado. Porque como escreve GASPAR ARIÑO ORTIZ, “*o Estado de Direito, social e democrático, não pode ficar às portas da regulação económica*” ⁽⁷²¹⁾, que o mesmo é dizer que estas novas formas de actuação pública não podem *escapar* ao controlo jurisdicional, sob pena de se criarem *guetos* anti-juridicidade.

Esta *revolução* do controlo jurisdicional da actividade regulatória pública em geral, e das autoridades reguladoras independentes em particular, passa, em nossa opinião, por duas frentes, uma a montante e outra a jusante.

Por um lado, a montante, torna-se necessário *alargar* o âmbito dos poderes de controlo dos juízes quando estejam em causa situações que envolvam o exercício efectivo de uma margem de autonomia. Este alargamento do controlo jurisdicional não pode ser entendido, naturalmente, como um controlo irrestrito, devendo limitar-se

⁽⁷²⁰⁾ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 767-768.

⁽⁷²¹⁾ GASPAR ARINO ORTIZ, Prólogo ao livro *Precios y tarifas en sectores regulados*, FER-Comares, 2001, pp. IX-XIX, *apud* GASPAR ARINO ORTIZ, “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, volume 182, mayo/agosto 2010, p. 12.

sempre, em qualquer caso, à fiscalização dos limites externos da actuação administrativa, respeitando os espaços de decisão que o legislador deliberadamente deixou em aberto para serem concretizados pelo regulador ⁽⁷²²⁾.

Por outro lado, é preciso, agora a jusante, *preparar* os Tribunais para fiscalizarem um novo tipo de actuação pública que se caracteriza por convocar, na maior parte dos casos, conhecimentos extra-jurídicos. Não temos dúvidas, aliás, de que por detrás da limitação funcional do controlo jurisdicional se esconde, muitas vezes, uma “incompetência envergonhada” dos Tribunais para analisarem questões técnicas e científicas que, não obstante não envolverem uma margem de livre decisão, são, ainda assim, complexas (pense-se, por exemplo, na dificuldade que um jurista tem em analisar os temas relacionados com a estrutura e respectivas parcelas das tarifas reguladas no sector da energia).

Em relação ao primeiro aspecto, têm surgido algumas propostas no sentido de redefinir os limites da sindicância jurisdicional. SUZANA TAVARES DA SILVA refere, por exemplo, que “(...) *a invocação do art. 266º, n.º 2 da C.R.P. e dos princípios nela consignados como limite funcional do controlo judicial da actividade administrativa parece-nos excessivamente estreita para os tempos actuais (...)*” sugerindo a apreciação de novos princípios jurídicos, como o princípio da eficiência que permitiria aos Tribunais avaliar os meios escolhidos pelas entidades administrativas (e não naturalmente pronunciar-se sobre o fim público a prosseguir, que continua a ser função primária reservada ao poder político) de forma a “*imped(ir) actualmente a Administração de se colocar a salvo do controlo, e do poder judicial, alegando estar a coberto de uma qualquer lei*” ⁽⁷²³⁾. ANDRÉ FIGUEIREDO sublinha, por sua vez, que nos casos em que exista um espaço de autonomia administrativa, o tribunal deve “(...) *para além dos parâmetros de controlo típicos, para além dos vínculos típicos do acto praticado no exercício da autonomia administrativa, confirmar se o exercício dos poderes administrativos respeitou a exigência de neutralidade e independência em relação aos interesses em jogo*” ⁽⁷²⁴⁾.

Pela nossa parte, consideramos que as exigências de maior procedimentalização da actuação das autoridades reguladoras independentes, que se

⁽⁷²²⁾ Como resulta, alias, do disposto no art. 3.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos do qual “*no respeito pelo princípio da separação e interdependência de poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação*”.

⁽⁷²³⁾ SUZANA TAVARES DA SILVA, Texto da conferência sobre “O princípio (fundamental) da eficiência”, op. cit., pp. 18 e 21.

⁽⁷²⁴⁾ ANDRÉ FIGUEIREDO, “A informação difundida no mercado de valores mobiliários e os poderes da CMVM: uma nova dimensão do Direito Administrativo?”, Trabalhos Jurídicos, CMVM, Lisboa, 2005, p. 107.

encontram ligadas à questão da sua legitimidade procedimental que referimos no capítulo anterior, podem ser também sinónimo de um novo tipo de controlo jurisdicional.

Com efeito, mais do que concentrar-se na substância da decisão, os juízes devem passar a prestar maior atenção ao procedimento que conduziu a essa decisão, garantindo, designadamente, que todos os interessados tiveram oportunidade de se pronunciar sobre uma determinada proposta regulatória e que a decisão se encontra devidamente fundamentada. Deste modo, a fiscalização do *iter* procedimental seguido pelas autoridades reguladoras acaba por fornecer ao juiz formas de verificar os interesses, bem como os valores que orientaram a decisão do regulador, permitindo-lhe controlar igualmente os fundamentos (não só jurídicos, mas também técnicos) que estão na sua origem.

O cerne do controlo judicial desloca-se, assim, para a fase anterior à actuação regulatória propriamente dita, ou seja, para o controlo do procedimento regulatório, nomeadamente dos princípios da competência, da transparência, da participação, da fundamentação, entre outros.

Assim, em nossa opinião, o que se deve pedir ao Tribunal é que controle se o regulador adoptou *uma* solução (legalmente) correcta e não que determine qual é a solução mais correcta.

Efectivamente, será preciso ter sempre presente a existência de um núcleo de poder administrativo irreduzível, incompressível, de decidir e de apreciar a necessidade das medidas adoptadas ⁽⁷²⁵⁾ e em relação ao qual os Tribunais não se podem imiscuir. Este núcleo de poder é especialmente patente em matéria de regulação, que fica a meio caminho entre a política e o Direito.

Não se trata aqui, portanto, somente de uma discricionariedade “técnica”, mas de uma discricionariedade de juízo ou de decisão, com base em critérios de oportunidade ou de valoração política cuja apreciação foi encomendada pela Lei ao Governo ou ao regulador ⁽⁷²⁶⁾ e que o julgador tem de respeitar.

As limitações do controlo jurisdicional nesta matéria significam, em última análise, que a “substantive accountability” dos reguladores tende a ser imperfeita ⁽⁷²⁷⁾. Como observa ANTHONY OGUS, no coração da “substantive accountability” reside, assim, um dilema: certos organismos são designados reguladores porque a sua “expertise” e independência face à influência política maximiza as possibilidades de

⁽⁷²⁵⁾ GÉRARD TIMSIT, “Les Deux Corps du Droit. Essai sur la notion de régulation”, op. cit., p. 393.

⁽⁷²⁶⁾ GASPAR ARINO ORTIZ, “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, op. cit., pp. 22-23.

⁽⁷²⁷⁾ ANTHONY OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit., 117.

prossequirem o interesse público. Ora, essas possibilidades serão reduzidas se as suas avaliações forem postas em causa por outras entidades que não possuem o mesmo grau de “expertise”, nem a mesma independência política ⁽⁷²⁸⁾.

E isto leva-nos directamente para o exame da segunda dificuldade que tínhamos enunciado, logo no início desta análise, em relação ao controlo jurisdicional da actividade das autoridades reguladoras independentes e que corresponde à segunda frente da nossa *revolução*, na parte jusante: a questão da competência *técnica* dos juízes para reverem decisões e actuações que são, por natureza, altamente complexas e tecnicamente sofisticadas (ainda que não envolvam uma margem de livre decisão).

Com efeito, se o próprio poder legislativo sentiu necessidade de “delegar” em entidades dotadas de especiais conhecimentos técnicos a análise e decisão de questões regulatórias, não será que ao lado das autoridades reguladoras independentes, atrás delas ou noutro lugar qualquer não deveria existir também um órgão jurisdicional munido com especiais conhecimentos para apreciar e fiscalizar a actuação destas entidades?

Nesta matéria têm sido propostas várias soluções, desde a criação de tribunais especializados, à designação de “conselhos de sábios”, passando pela intervenção obrigatória de peritos para assistirem os juízes.

A solução da instituição de tribunais administrativos de competência especializada em questões de regulação foi defendida, entre nós, por PEDRO GONÇALVES para quem *“(a)s especialidades do direito administrativo da regulação, bem como a complexidade e a sofisticação técnica de muitas medidas regulatórias, originam dificuldades (jurídicas) para um juiz generalista; por outro lado, a instituição de tribunais especializados em questões de regulação, induzindo a especialização dos magistrados, poderia abrir as portas a um controlo jurídico mais competente, fino e apurado (não necessariamente reforçado) da regulação”* ⁽⁷²⁹⁾.

Esta solução foi, entretanto, parcialmente consagrada na Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho que abriu a possibilidade de serem criados tribunais de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão. E dizemos parcialmente porque não obstante a sua designação, a competência dos referidos tribunais se

⁽⁷²⁸⁾ Ibidem.

⁽⁷²⁹⁾ PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 61-62.

encontra limitada, salvo no caso da Autoridade da Concorrência, à apreciação de questões relacionadas com processos de contra-ordenação ⁽⁷³⁰⁾.

Quanto à constituição de “conselhos de sábios”, constituídos por personalidades de reconhecida competência técnica e científica e com experiência no sector, que funcionariam como uma espécie de câmara de recurso das decisões destas entidades, podemos encontrar, ao nível europeu e em concreto em relação ao recurso das decisões da ACER, uma solução deste tipo ⁽⁷³¹⁾. Trata-se, porém, de uma solução mitigada, na medida em que das decisões da Câmara de Recurso da ACER existe sempre a possibilidade de interpor recurso para o Tribunal Geral ou para o Tribunal de Justiça da União Europeia, ou seja, a última palavra não pertence à Câmara de Recurso, mas sim a um verdadeiro órgão jurisdicional.

A generalização desta solução levanta-nos, no entanto, algumas dúvidas, desde logo, em relação à legitimidade destes organismos, fazendo-nos recordar as questões semelhantes colocadas a propósito da legitimidade democrática das autoridades reguladoras independentes. Por outro lado, a opção por uma solução deste tipo não parece capaz de afastar o espectro de um organismo híbrido, situado a meio caminho entre o poder executivo e o poder judicial.

Finalmente, e talvez mais importante, é o facto de a instituição de um organismo deste tipo (e desde que não se preveja a possibilidade de recurso das suas decisões para um órgão jurisdicional) representar o perigo de a decisão passar a ser dos sábios em usurpação das competências da Administração e, em última análise, em violação do princípio da separação de poderes.

Este é um perigo que existe, em abstracto, também em relação à solução que envolve o recurso a peritos.

Com efeito, a intervenção de peritos, auxiliando os juízes na tarefa de apreciação das medidas regulatórias adoptadas pelas autoridades reguladoras independentes, pode levantar algumas dúvidas a propósito da fronteira entre o que deve ser considerado uma mera apreciação técnica e o que pode ser entendido como

⁽⁷³⁰⁾ De acordo com o artigo 89.º-B, da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, aditado pela Lei n.º 46/2011, compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processos de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação de entidades como a Autoridade da Concorrência, o ICP-ANACOM, entre outras entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão. De acordo com o mesmo artigo, o referido tribunal tem ainda competência para conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões da Autoridade da Concorrência proferidas em procedimentos administrativos a que se refere o regime jurídico da concorrência, bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro e ainda das demais decisões que admitam recurso, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência.

⁽⁷³¹⁾ Cfr. art. 18.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho.

uma apreciação do mérito da decisão, a qual se encontra, por natureza, vedada ao Tribunal (⁷³²).

Deste modo, é preciso estar atento ao risco de, em certas situações, o juízo da Administração poder ser substituído pelo juízo dos sábios ou dos peritos. Contra este entendimento sempre se poderá, no entanto, dizer que “(...) *uma tal postura jurisprudencial, esquecendo a possibilidade de os tribunais administrativos recorrerem a peritos, corre o risco de envolver uma limitação indevida do direito de impugnação contenciosa das decisões administrativas que é reconhecido pela Constituição, sem embargo da total disparidade de tratamento jurisdicional que, no contexto do sistema jurídico, o exercício de uma actividade privada pautada por critérios técnicos e científicos encontra fora da jurisdição administrativa*” (⁷³³).

É preciso, porém, não esquecer o contexto em que surge a limitação do controlo do juiz administrativo tendo em conta a intervenção do princípio da separação de poderes, o que afasta decididamente estas situações das limitações da justiça comum.

O recurso a peritos (independentemente de o mesmo ser ou não obrigatório por lei) pode revelar-se, no entanto, importante na tarefa de auxiliar o juiz a distinguir as situações de poderes vinculados daquelas em que está em causa, sobretudo, o exercício de poderes discricionários.

Com efeito, o papel do perito pode servir para orientar o juiz ao afirmar que “esta era a única solução tecnicamente possível” ou, pelo contrário, ao esclarecer que, de acordo com determinados parâmetros técnico-científicos aplicáveis ao caso concreto, são, afinal, possíveis várias soluções, caso em que deve ser o juiz o primeiro a auto-limitar o seu controlo aos aspectos vinculados da decisão da autoridade reguladora.

Chegados aqui, e depois deste percurso analítico, é inevitável perguntar *Who Guards the Guardians?* (⁷³⁴).

(⁷³²) PEDRO GONÇALVES referia a propósito do art. 13.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2004, na redacção anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de Setembro, (em que se previa, nos processos da competência dos tribunais administrativos, a intervenção obrigatória de três peritos, designados por cada uma das Partes e o terceiro pelo tribunal, para apreciação do mérito da decisão recorrida) que “(n)a leitura que fazemos, sobre o mérito da decisão pronunciam-se os peritos (...), mas não o juiz. Por outro lado, no interior de um processo jurisdicional, a apreciação do mérito, ainda que confiada aos peritos, há-de basear-se em critérios jurídicos, balizada por parâmetros como a razoabilidade ou a proporcionalidade. O entendimento diferente, que admita que o processo pode apreciar a bondade material da decisão, substituindo o juízo de oportunidade do regulador pelo juízo dos peritos, provocaria uma incerteza desnecessária e perigosa” (“Regulação das Comunicações Electrónicas”, op. cit., pp. 234-235).

(⁷³³) PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 768.

(⁷³⁴) Esta pergunta corresponde ao título do livro publicado por MARTIN SHAPIRO, citado acima, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*.

Ora, o grande desafio para o poder judicial, no quadro do novo modelo do Estado Regulador, será assegurar a existência de uma tutela jurisdicional efectiva, sem que isso signifique uma invasão ilegítima dos espaços de opção que o legislador, cada vez mais, deixa em aberto para serem preenchidos pelos reguladores, numa era em que a regulação se assume como sinónimo de autonomia pública.

3.3.3. Co-operação entre Autoridades Reguladoras Independentes. Concorrência e dilemas regulatórios.

Considerando o nosso quadro institucional regulatório ⁽⁷³⁵⁾, a co-operação entre autoridades reguladoras independentes pode ser analisada sob duas perspectivas diferentes: a da relação entre o regulador horizontal (Autoridade da Concorrência) e os vários reguladores verticais (autoridades reguladoras sectoriais) ou sob a perspectiva da relação que os reguladores sectoriais estabelecem entre si.

Em relação à primeira perspectiva, a orientação dominante é a de privilegiar a actuação da Autoridade da Concorrência em mercados onde já existe concorrência (sendo a sua actuação, uma actuação correctiva, *ex post*), deixando para os reguladores sectoriais a regulação daquelas situações em que o mercado ainda não se encontra completamente liberalizado (sendo, neste caso, a actuação dos reguladores sectoriais uma espécie de preparação para a abertura à concorrência, funcionando *ex ante*). De acordo com esta posição, a regulação sectorial tende a dar lugar, progressivamente, à aplicação das regras da concorrência, com o consequente esvaziamento das competências das autoridades reguladoras sectoriais a favor das autoridades da concorrência.

Conforme tivemos oportunidade, no entanto, de referir, quando analisámos a questão de saber se a regulação é transitória, não perfilhamos esta posição. Com efeito, em nossa opinião, a regulação dos sectores de interesse económico geral, atentos os seus objectivos não só económicos, mas também sociais, não pode ser vista como uma função “a prazo”, nem como uma espécie de “antecâmara” da concorrência. Neste sentido, e de acordo com a perspectiva que adoptamos, a regulação tende a permanecer mesmo após a abertura dos mercados à concorrência, tendo, no entanto, um âmbito e objectivos diferentes (neoregulação).

⁽⁷³⁵⁾ Em que existe um regulador transversal (a Autoridade da Concorrência) a par de vários reguladores sectoriais (ICP-ANACOM, ERSE). Para uma referência a outras formas de organização institucional em vigor noutros países veja-se o Relatório “The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators – Issues Paper” elaborado pelo *Global Forum on Competition* da OCDE, de 2 de Fevereiro de 2005.

Uma das consequências desta posição é, precisamente, porém, a generalização das situações em que se poderá passar a verificar a actuação, em paralelo, do regulador horizontal e dos reguladores verticais, com isso aumentando também as hipóteses de potenciais conflitos de competências.

Quanto à segunda perspectiva, o entendimento tradicional é o de que cada regulador sectorial tem uma área de actuação específica, que corresponde a um determinado sector de actividade económica, onde o mesmo goza de atribuições e de competências praticamente exclusivas, o que se justifica atendendo ao seu especial conhecimento daquele sector em particular.

Num cenário ideal, portanto, a co-operação entre autoridades reguladoras independentes é vista, sobretudo, como sinónimo de coordenação ou de articulação de competências entre as diferentes entidades reguladoras (horizontais e verticais), respeitando o quadro de atribuições e de competências de cada uma delas.

O nosso legislador previu, aliás, a existência de várias formas de colaboração entre autoridades reguladoras independentes.

Assim, em determinadas situações que envolvam a aplicação do regime jurídico da concorrência, as autoridades reguladoras sectoriais estão obrigadas a solicitar o parecer prévio da Autoridade da Concorrência ⁽⁷³⁶⁾. Em sentido inverso, a Autoridade da Concorrência também está obrigada a pedir à autoridade reguladora sectorial respectiva para se pronunciar sobre factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial e que sejam susceptíveis de ser qualificados como práticas restritivas da concorrência ou sobre uma operação de concentração de empresas que tenha incidência num mercado objecto de regulação sectorial ⁽⁷³⁷⁾.

Deste modo, pode concluir-se que, entre nós, *“o relacionamento entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades reguladoras sectoriais se caracteriza por uma separação funcional de tarefas, sendo que à primeira compete a aplicação da lei geral da concorrência e às segundas a regulação dos aspectos técnicos e económicos”* ⁽⁷³⁸⁾.

⁽⁷³⁶⁾ Por exemplo, prevê-se no art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com a redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro que, em matérias relacionadas com a aplicação do regime jurídico da concorrência no sector das comunicações electrónicas, o ICP-ANACOM e a Autoridade da Concorrência devem cooperar entre si, prevendo-se especificamente que o ICP-ANACOM solicite o parecer prévio da Autoridade da Concorrência em determinadas situações antes de tomar uma determinada decisão (cfr. art. 7.º, n.º 3).

⁽⁷³⁷⁾ Cfr. artigos 35.º e 55.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (que aprova o novo Regime Jurídico da Concorrência).

⁽⁷³⁸⁾ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES et al., *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades de regulação sectorial)*, Faculdade de Direito de Coimbra, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 34. Neste sentido, veja-se, aliás, o disposto no art. 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, de acordo com o qual *“as atribuições cometidas à Autoridade (da Concorrência) pelos Estatutos anexos ao presente*

Por outro lado, e ao nível das relações entre entidades reguladoras sectoriais também existem algumas situações em que estas entidades estão obrigadas a promover consultas entre si, antes de adoptarem uma determinada decisão ⁽⁷³⁹⁾.

As situações de completa articulação de competências correspondem, no entanto, a um cenário que poucas vezes tem correspondência com a realidade.

Com efeito, não raras vezes assiste-se a uma sobreposição de missões e de competências entre diferentes autoridades reguladoras, dando origem àquilo que designamos como *concorrência e dilemas regulatórios*. Estes problemas tendem a ser exacerbados num sistema multi-nível, como o nosso, em que as possibilidades de conflito e de tensões entre as Autoridades da Concorrência (nacionais e Comissão Europeia) e as autoridades reguladoras sectoriais (nacionais e europeias) se cruzam a dois níveis: geográfico (nacional/supranacional) e material (regulação horizontal/regulação vertical).

A nossa análise centrar-se-á agora, apenas, no segundo nível de sobreposição (material) e na busca de soluções para ultrapassar os eventuais conflitos que possam surgir neste âmbito, remetendo para o capítulo 3.1., *supra*, o exame das implicações que resultam da existência de sobreposições entre o nível nacional e o nível supranacional de actuação de autoridades reguladoras.

Ora, as situações em que se verifica alguma forma de concorrência ou de dilemas regulatórios caracterizam-se, principalmente, pela dificuldade em decidir onde acaba a intervenção de uma entidade e onde deve começar a intervenção de outra ou outras. Isto é especialmente visível quando para além de se verificar uma sobreposição de áreas de actuação e, consequentemente, uma sobreposição de competências entre as diferentes autoridades reguladoras ⁽⁷⁴⁰⁾, não se estabelece igualmente qualquer juízo de prioridade quanto à sua actuação.

diploma são por aquela desempenhadas sem prejuízo do respeito pelo quadro normativo aplicável às entidades reguladoras sectoriais”.

⁽⁷³⁹⁾ Vejam-se os exemplos de colaboração entre autoridades reguladoras sectoriais previstos no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, republicado pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de Setembro, em matéria de acesso a infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas (cfr. artigos 16.º, n.º 3, 19.º, n.º 5, 22.º, n.º 7 e 24.º, n.º 7).

⁽⁷⁴⁰⁾ Ao nível do sector das comunicações electrónicas, SÉRGIO GONÇALVES DO CABO refere que “(...) os objectivos da regulação sectorial constituem o critério e o limite de actuação das ARN’s, o que permite afirmar que a fundamentação e o tipo de medidas de intervenção regulamentar *ex ante* – apesar de diversos – apresentam múltiplos pontos de contacto com os pressupostos de aplicação do direito da concorrência, mormente no que diz respeito às metodologias de análise de mercado e aos objectivos de promoção da concorrência e da eficiência na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas” (“Regulação e Concorrência no Sector das Comunicações Electrónicas”, in AAVV, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, EDUARDO PAZ FERREIRA et al. (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2009, p. 240).

A possibilidade de sobreposição de competências suscita, assim, vários problemas como a existência de mais do que um controlo sobre o mesmo tipo de práticas, no lugar de um “balcão único” (“one stop shop”), ou a possibilidade de escolha do regulador mais favorável (“fórum shopping”) ⁽⁷⁴¹⁾.

O maior problema prende-se, no entanto, em nossa opinião, com as questões relacionadas com a incompatibilidade que pode verificar-se entre os objectivos prosseguidos pelos diferentes reguladores.

O exemplo paradigmático é dado pela Autoridade da Concorrência que tem em vista, sobretudo, a prossecução de objectivos económicos, enquanto os reguladores sectoriais no domínio dos tradicionais serviços públicos económicos aliam aos objectivos económicos (que podem coincidir com os objectivos da Autoridade da Concorrência ⁽⁷⁴²⁾), a prossecução de um conjunto de objectivos mais vasto, incluindo nomeadamente objectivos sociais (serviço universal, qualidade do serviço, protecção do meio-ambiente, entre outros).

Deste modo, o potencial de conflitos entre o regime de defesa da concorrência, aplicado pelas autoridades da concorrência (que tem em vista, sobretudo, a manutenção de um mercado competitivo e eficiente), e os regimes regulatórios sectoriais, aplicados pelos reguladores verticais em matéria de serviços económicos de interesse geral (que, muitas vezes, são deliberadamente anti-competitivos ou simplesmente indiferentes aos efeitos, em termos de concorrência, que uma determinada medida regulatória pode ter), pode ser, na prática, bastante elevado.

São vários, aliás, os campos onde essas sobreposições materiais efectivas ⁽⁷⁴³⁾ podem ocorrer, nomeadamente em matéria de acesso ao mercado ou a infra-estruturas essenciais ou ao nível da fixação de preços ou de tarifas.

⁽⁷⁴¹⁾ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES et al., *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades de regulação sectorial)*, op. cit., p. 23.

⁽⁷⁴²⁾ Embora não necessariamente, uma vez que o principal objectivo do Direito da Concorrência é punir os comportamentos anti-concorrenciais e não corrigir as falhas de mercado ou promover a concorrência em determinados sectores tradicionalmente exercidos em regime de monopólio. Significa isto, portanto, que os objectivos, mesmo económicos, podem não ser inteiramente coincidentes. De acordo com STACEY L. LOGAN e MARK A. LEMLEY, “o Direito da Concorrência promove a concorrência tendo em vista a eficiência económica. A regulação pública pode ou não promover quer a concorrência, quer a eficiência, uma vez que tal depende das atribuições da agência, da sua competência e dos efeitos da “captura dos reguladores” pelos operadores” (“Antitrust law and Regulatory Gaming”, Texas Law Review, volume 87 (4), March 2009, p. 685).

⁽⁷⁴³⁾ Na expressão de CARLOS PINTO CORREIA, “As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais”, in AAVV, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, EDUARDO PAZ FERREIRA et al. (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2009, p. 726.

Com efeito, estes são exemplos de domínios onde se pode aplicar, de forma paralela e com resultados não necessariamente coincidentes, o Direito da Concorrência e a regulação sectorial.

A crescente aproximação que se verifica entre as leis da concorrência e as regras da regulação sectorial tende a conduzir, aliás, a várias sobreposições substanciais entre as áreas de actuação da Autoridade da Concorrência e as áreas de actuação de cada regulador vertical.

Para tal, contribui, por um lado, a progressiva liberalização dos sectores dos serviços de interesse económico geral que determina uma cada vez maior aplicação do Direito da Concorrência em sectores objecto de regulação sectorial e, por outro lado, as reformas legislativas europeias que estão a aproximar a regulação sectorial dos *standards* típicos do Direito da Concorrência ⁽⁷⁴⁴⁾. Finalmente, e este último aspecto é, quanto a nós, extremamente importante, também por influência do Direito da União Europeia, a tendência mais recente parece ser igualmente no sentido da expansão dos poderes das autoridades reguladoras sectoriais para domínios que tradicionalmente pertenciam às autoridades da concorrência ⁽⁷⁴⁵⁾.

Perante este cenário, as hipóteses de conflito entre o regulador horizontal (Autoridade da Concorrência) e os reguladores verticais, as quais têm subjacente, desde logo, o próprio conflito de aplicação entre as leis da concorrência e as regras de regulação sectorial, parecem estar inevitavelmente destinadas a aumentar.

Num contexto como este, existe naturalmente um risco acrescido não só de haver uma concorrência entre soluções, mas, sobretudo, de ocorrerem inconsistências regulatórias, tendo em conta a tensão entre valores económicos e não económicos que lhes está subjacente.

É importante, portanto, que apresentemos algumas soluções possíveis para a resolução de situações em que possam ocorrer conflitos, partindo do pressuposto de que é impossível separar completamente a tutela da concorrência da regulação

⁽⁷⁴⁴⁾ Cfr. NICOLAS PETIT, “The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion?”, in AAVV, *Regulation Through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, DAMIEN GERADIN et al. (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA, 2005, p. 181. O Autor dá como exemplo deste segundo tipo de aproximação o conceito de “poder de mercado significativo”, usado no sector das comunicações electrónicas, que de acordo com o mesmo é idêntico à noção de domínio (*dominance*) do Direito da Concorrência. Para uma análise crítica da utilização do conceito de domínio tendo em vista a clarificação do conceito de “poder de mercado significativo” usado pelas directivas do sector das comunicações electrónicas, veja-se JOHN LANG, “European competition policy and regulation: differences, overlaps, and constraints”, in AAVV, *Antitrust and Regulation in the EU and US. Legal and Economic Perspectives*, FRANÇOIS LÉVÊQUE / HOWARD SHELANSKI (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2008, pp. 44-47.

⁽⁷⁴⁵⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 570.

sectorial e, portanto, de delimitar, com rigidez, as esferas de competência da Autoridade da Concorrência das dos reguladores sectoriais.

Ora, uma forma de prevenir a existência destes conflitos será estabelecendo, *a priori*, os termos dessa(s) relação(ões) através da celebração de acordos ou de protocolos entre as entidades envolvidas, visando, em última análise, evitar a duplicação de procedimentos e de actuações ⁽⁷⁴⁶⁾. A verdade, no entanto, é que esta possibilidade, se bem que possa funcionar em determinadas situações, tem efeitos limitados já que não é possível antecipar todos os casos de conflitos futuros. Nestas situações, a lei pode também revelar-se insuficiente para resolver eventuais conflitos entre reguladores quando estes se verificam na prática ⁽⁷⁴⁷⁾.

Solução diferente poderia passar pela existência de apenas uma entidade reguladora com competências quer ao nível da concorrência, quer da regulação sectorial, como, aliás, acontece nalguns ordenamentos jurídicos. Esta solução embora tenha o mérito de diminuir as hipóteses de conflitos institucionais entre reguladores horizontais e reguladores verticais, não afasta, no entanto, o problema da confusão entre objectivos regulatórios e objectivos típicos do Direito da Concorrência ⁽⁷⁴⁸⁾.

Este aspecto é especialmente importante, no caso de se decidir adoptar medidas regulatórias com efeitos anti-competitivos. Com efeito, embora estas medidas possam ser adoptadas desde que se revelem necessárias e adequadas para prosseguir um determinado interesse público em concreto, não há dúvida de que nestes casos será sempre mais difícil distinguir se estamos perante uma verdadeira medida anti-competitiva (e, nessa medida, violadora das leis da concorrência) ou se se trata apenas de uma medida regulatória com efeitos anti-competitivos, mas devidamente justificada.

Sendo certo que parece não haver um quadro institucional que garanta a inexistência, em absoluto, de todos e quaisquer riscos de inconsistências regulatórias, a solução que nos parece preferível, *de jure condendo*, passa pela atribuição de competência aos reguladores sectoriais para aplicarem, em primeira linha, o Direito da Concorrência nos sectores sobre os quais têm jurisdição, a par da aplicação das regras de regulação sectorial. Esta actuação deverá ser feita, no entanto, sempre em

⁽⁷⁴⁶⁾ O que, de resto, já se encontra previsto no art. 5.º, n.º 4 do novo Regime Jurídico da Concorrência, nos termos do qual “(a)s autoridades reguladoras setoriais e a Autoridade da Concorrência cooperam entre si na aplicação da legislação de concorrência, nos termos previstos na lei, podendo, para o efeito, celebrar protocolos de cooperação bilaterais ou multilaterais”.

⁽⁷⁴⁷⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 570.

⁽⁷⁴⁸⁾ Vejam-se os exemplos apresentados por JOHN LANG de casos em que a Comissão Europeia se serviu do Direito da Concorrência para atingir objectivos regulatórios (JOHN LANG, “European competition policy and regulation: differences, overlaps, and constraints”, op. cit., pp. 50-52).

colaboração com as autoridades da concorrência, o que pode implicar uma simples comunicação à Autoridade da Concorrência da medida a adoptar ou, ir inclusivamente mais longe, e sujeitar as decisões dos reguladores sectoriais, em matérias que convoquem o regime jurídico da concorrência, a prévio parecer da Autoridade da Concorrência ⁽⁷⁴⁹⁾.

Esta solução tem a nítida vantagem de as autoridades reguladoras sectoriais se encontrarem, à partida, e mercê dos seus especiais conhecimentos do sector, em melhor posição para lidarem com estas situações do que as autoridades da concorrência.

Trata-se, portanto, de uma proposta que privilegia a actuação das autoridades reguladoras sectoriais, relegando para segundo plano a intervenção da Autoridade da Concorrência, mesmo quando esteja em causa a aplicação das regras da concorrência. A intervenção (subsidiária) da Autoridade da Concorrência assegura, porém, que as decisões adoptadas pelo regulador sectorial beneficiam os consumidores, ainda que a longo prazo, sendo garantia, ao mesmo tempo, de que as mesmas não protegem, sem motivo justificado, alguns operadores em relação a outros (reduzindo, assim, o risco de captura do regulador pelos regulados). Por outro lado, esta intervenção assegura também algum nível de uniformidade na aplicação do Direito da Concorrência em sectores distintos.

Esta proposta de atribuir competências reforçadas às autoridades reguladoras sectoriais em matéria de Direito da Concorrência em detrimento das competências da Autoridade da Concorrência encontra-se, aliás, de acordo com o que escrevemos acima sobre a própria evolução da regulação para uma fase de neoregulação, à medida que os sectores dos tradicionais serviços públicos se vão progressivamente liberalizando.

Por outro lado, o reforço das competências das autoridades reguladoras sectoriais encontra-se também de acordo com a nossa posição sobre a manutenção da regulação sectorial mesmo após a abertura à concorrência destes sectores, afastando, deste modo, aquelas concepções que partem de um entendimento da regulação como uma forma de intervenção pública “a prazo” e que tendem a ver as próprias autoridades reguladoras sectoriais como organismos condenados a, mais cedo ou mais tarde, desaparecerem ⁽⁷⁵⁰⁾.

⁽⁷⁴⁹⁾ Este parecer deverá ser obrigatório, mas não vinculativo, ficando, no entanto, os reguladores sectoriais obrigados a fundamentar devidamente a adopção de uma medida ou a tomada de uma decisão que contrarie o sentido do parecer da Autoridade da Concorrência.

⁽⁷⁵⁰⁾ Aliás, o próprio movimento europeu de que demos conta acima, no capítulo 3.2.1., e a que se tem estado a assistir, de criação de agências reguladoras europeias é, em nossa opinião,

Esta solução corresponde, assim, a uma versão mitigada da solução anterior, uma vez que em vez de um regulador, continuam a manter-se os dois reguladores (vertical e horizontal). Tem, no entanto, a vantagem em relação àquela outra solução de superar o risco de confusão entre objectivos regulatórios e objectivos da concorrência, na medida em que o reforço das competências do regulador sectorial em matéria de Direito da Concorrência é *contrabalançado* pela manutenção de uma forma de controlo pelo regulador horizontal, quando esteja em causa a aplicação das leis da concorrência.

Diferentemente, porém, do que se verifica no actual quadro institucional regulatório português, de acordo com esta proposta a competência dos reguladores sectoriais para analisar as matérias relacionadas com a aplicação do regime jurídico da concorrência nos seus respectivos sectores passa a ser generalizada, sendo a intervenção da Autoridade da Concorrência, a este título, meramente subsidiária.

Em termos substantivos, ou seja, em termos de relação entre as leis da concorrência e as regras da regulação sectorial, este arranjo institucional acaba também por ir de encontro àquela que é a orientação mais recente nesta matéria e que é a de que as regras de regulação sectorial, enquanto *lex specialis*, devem prevalecer sobre as regras da concorrência.

Mais do que um conflito entre reguladores horizontais e verticais, podemos estar, portanto, perante um verdadeiro “conflito de normas”, entre as regras do Direito da Concorrência e as regras do Direito da Regulação.

A este propósito, merece uma especial referência a doutrina do Acórdão *Trinko*, proferido pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos ⁽⁷⁵¹⁾. Neste acórdão, que é a vários títulos emblemático, o Supremo Tribunal entendeu que, não obstante a existência de regulação sectorial não impedir a aplicação do Direito da Concorrência, as leis da concorrência devem ter um papel secundário nos sectores regulados, sendo apenas aplicáveis em situações em que não exista regulação específica.

mais um sinal no sentido da “manutenção” das autoridades reguladoras sectoriais, a par das autoridades da concorrência nacionais, e, inclusivamente, da sua crescente valorização.

⁽⁷⁵¹⁾ *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis Trinko* 540 US 398 (2004), com a data de 13 de Janeiro de 2004. O processo refere-se a um litígio em matéria de telecomunicações que opôs a *Trinko* (Autora) à *Verizon Communications* (incumbente do Estado de Nova Iorque). De acordo com o *Telecommunications Act* de 1996, a *Verizon* estava obrigada a permitir o acesso à sua rede de operadores concorrentes, nomeadamente da *AT&T*. A *Trinko* (empresa que fornecia um serviço telefónico local), cliente da *AT&T*, veio acusar, no entanto, a *Verizon* de ter adoptado uma estratégia anti-competitiva, discriminando entre utilizadores da rede e de ter violado, desta forma, a § 2 do *Sherman Act*. O Tribunal viria a decidir, no entanto, que não se encontravam reunidos os pressupostos para que se considerasse ter ocorrido uma violação das leis da concorrência (nomeadamente recusando a aplicação ao caso concreto da doutrina das *essential facilities*).

Com efeito, de acordo com o Tribunal, se a análise do regulador sectorial já tem em conta questões de concorrência, o benefício adicional para a concorrência, resultante da aplicação das leis da concorrência, tenderá a ser menor. Por outro lado, mesmo em relação aos casos em que a regulação não tem em vista a promoção da concorrência, o Tribunal mostrou-se relutante em proceder a uma análise de acordo com o Direito da Concorrência, sublinhando que esta análise tem, por vezes, algumas desvantagens.

O Tribunal de Justiça da União Europeia teve, entretanto, também oportunidade de se pronunciar num caso em que se verificava um conflito semelhante entre a aplicação das regras de regulação sectorial e as regras da concorrência (Acórdão *Deutsche Telekom* ⁽⁷⁵²⁾). Neste processo, um dos argumentos da recorrente (*Deutsche Telekom*), perante a acusação da Comissão Europeia de que a mesma teria infringido o Direito europeu da concorrência, foi o de que quando uma empresa está sujeita à regulação de uma autoridade reguladora nacional e é analisado um determinado comportamento por essa autoridade no âmbito de um particular quadro jurídico, sem sofrer objecções, a responsabilidade de preservar a estrutura do mercado que incumbe à empresa dominante é suplantada pela responsabilidade dessa autoridade ⁽⁷⁵³⁾.

O Tribunal de Justiça seguiu, no entanto, a decisão do Tribunal de Primeira Instância tendo concluído que “*o simples facto de a recorrente ter sido incentivada, pelas intervenções de uma autoridade reguladora nacional como a RegTP, a manter a aplicação das suas práticas tarifárias que levavam a uma compressão das margens*

⁽⁷⁵²⁾ Acórdão proferido em 14 de Outubro de 2010, no processo C-280/08 P, que tinha por objecto o recurso de anulação de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 10 de Abril de 2008 (*Deutsche Telekom/Comissão* (T-271/03, Colect., p. II-477)), a qual negou provimento ao recurso de anulação da Decisão 2003/707/CE da Comissão, de 21 de Maio de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE. De acordo com esta decisão, a Comissão considerou que a *Deutsche Telekom* “*cometeu, desde 1998, uma infracção contra a alínea a) do art. 82.º do Tratado CE, ao cobrar tarifas mensais e tarifas de pagamento único não equitativas aos operadores da concorrência e aos seus utilizadores finais pelo acesso à rede local, o que restringiu, em ampla medida, a concorrência no mercado dos serviços de acesso à rede local*”, tendo aplicado à recorrente uma coima no valor de 12,6 milhões de euros por essa infracção. Entre outros argumentos, a *Deutsche Telekom* alegou, em sua defesa, que, no caso em apreço, é de excluir a existência de práticas de tarifação com carácter abusivo conducentes a uma compressão das margens, uma vez que as tarifas cobradas pela prestação aos operadores da concorrência de serviços de acesso grossista ao lacete local são fixadas de modo vinculativo pela *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (Autoridade Reguladora das Telecomunicações e dos Correios (RegTP)). O Tribunal de Primeira Instância viria a julgar improcedente o recurso da *Deutsche Telekom* tendo concluído, entre outras considerações, que não obstante a intervenção da RegTP na fixação dos preços de retalho pelos serviços de acesso à banda estreita aos utilizadores finais, a recorrente dispôs, durante o período compreendido entre 1 de Janeiro de 1998 e 31 de Dezembro de 2001, de uma margem de manobra suficiente para que a sua política tarifária pudesse ser abrangida pelo artigo 82.º CE.

⁽⁷⁵³⁾ Cfr. parágrafo 67.º do Acórdão *Deutsche Telekom*.

dos seus concorrentes pelo menos igualmente eficazes, não pode, enquanto tal, eliminar em nada a sua responsabilidade nos termos do artigo 82.º CE” ⁽⁷⁵⁴⁾.

Esta decisão, se bem que parta do mesmo pressuposto da decisão do Supremo Tribunal americano, citada acima – de que a existência de regulação sectorial não afasta automaticamente a aplicação do Direito da Concorrência ⁽⁷⁵⁵⁾ –, acaba, porém, por se afastar daquela jurisprudência ao não reconhecer primazia à aplicação da regulação sectorial ⁽⁷⁵⁶⁾.

Entendemos, porém, que quando haja lugar à aplicação de regulação sectorial, nem a Comissão Europeia, nem as autoridades da concorrência nacionais devem intervir.

Neste sentido, PEDRO PITA BARROS refere igualmente que “(...) *a articulação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades sectoriais de regulação terá que respeitar um princípio básico – sempre que houver regulação económica directa, a Autoridade da Concorrência deverá abster-se de intervir na medida em que a sua actuação tenha implicações em termos dos instrumentos de regulação económica usados pela autoridade sectorial*” ⁽⁷⁵⁷⁾. Nestes casos, em que esteja em causa a aplicação de regras de regulação sectorial, parecem não existir, portanto, dúvidas de que caberá à autoridade reguladora sectorial a primazia da intervenção.

Assim sendo, as regras de defesa da concorrência só podem ser aplicadas quando estivermos perante uma situação de mercado que não seja disciplinada por regras sectoriais específicas (neste caso, é preciso verificar, no entanto, se estamos perante uma simples omissão do regulador ou se se trata de uma omissão deliberada, caso em que a mesma deve ser respeitada) e em que os operadores gozem de alguma margem de autonomia quanto à sua actuação.

Transpondo estas conclusões para o modelo institucional que preconizámos acima, de articulação entre as autoridades reguladoras sectoriais e a Autoridade da Concorrência, diremos que, em nossa opinião, mesmo quando esteja em causa a

⁽⁷⁵⁴⁾ Cfr. parágrafo 84.º do Acórdão *Deutsche Telekom*.

⁽⁷⁵⁵⁾ Como, aliás, resulta entre nós do disposto no art. 4.º, n.º 2 do novo Regime Jurídico da Concorrência, nos termos do qual “*as empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto na presente lei, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada*”, norma que é em tudo semelhante ao consagrado no art. 106.º, n.º 2 do TFUE.

⁽⁷⁵⁶⁾ Para uma análise da jurisprudência europeia e americana sobre casos de aplicação conjunta de regras da regulação sectorial e das leis da concorrência veja-se JOSÉ LAGUNA DE PAZ, “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 145, enero-marzo 2010, pp. 99 e segs..

⁽⁷⁵⁷⁾ PEDRO PITA BARROS, “Relação entre Autoridade da Concorrência e Autoridades Sectoriais”, in AAVV, *Concorrência. Estudos*, ANTÓNIO GOUCHA SOARES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (coordenação), Almedina, Coimbra, 2006, p. 157.

aplicação apenas de regras da concorrência, deve ser a autoridade sectorial a intervir em primeiro lugar, ainda que em colaboração com a Autoridade da Concorrência.

Esta é, em nossa opinião, a melhor solução, *de iure constituendo*, de forma a evitar o conflito de competências entre as duas autoridades reguladoras e, mais do que isso, a existência de inconsistências regulatórias.

Com efeito, a necessidade de salvaguardar valores não económicos que ultrapassam as preocupações com o mero bom funcionamento do mercado em sectores que apresentam características especiais, como são os sectores dos serviços económicos de interesse geral é, quanto a nós, um motivo determinante para que a primazia da intervenção seja atribuída às autoridades sectoriais. Deste modo, esta solução tem a nítida vantagem de aliar o maior conhecimento do sector pela parte das autoridades sectoriais, ao acompanhamento permanente que é feito pelas mesmas autoridades e que suplantam, em nossa opinião, o argumento da eventual maior experiência da Autoridade da Concorrência nas matérias de concorrência, fruto da sua actuação transversal em vários sectores económicos.

Concluindo, e em termos de política legislativa, somos da opinião que a evolução deverá ser no sentido de um reforço das competências das autoridades reguladoras sectoriais em matéria de aplicação das leis de defesa da concorrência, combinando, desta forma, as suas “novas” competências “concorrenciais” com as suas típicas competências regulatórias.

4. O modelo europeu de regulação e o modelo americano. Algumas comparações.

Não podemos encerrar esta Parte II da nossa dissertação sem fazer, em jeito de conclusão, algumas comparações entre o modelo europeu de regulação e o modelo de regulação americano. Trata-se, de certa forma, de estabelecer uma ligação com o que escrevemos no capítulo 6, da Parte I, sobre a existência de sinais de convergência entre os sistemas administrativos europeus, de matriz franco-germânica, e o sistema administrativo anglo-americano, tendo o modelo de Estado Regulador como pano de fundo.

Com efeito, e como escrevemos aí, voltamos a sublinhar que não é de estranhar que, séculos depois de a Europa e os Estados Unidos terem seguido caminhos diametralmente opostos em relação à concepção de Estado e de mercado, estejam, de há duas décadas a esta parte, a convergir em relação a estes temas, o que acaba por ter consequências ao nível da aproximação dos respectivos sistemas administrativos. Esta aproximação tem sido feita, sobretudo, pelo lado europeu, o que se explica atendendo à influência do Direito Comunitário e mais recentemente do Direito da União Europeia, a qual se revelou determinante para que os conceitos e alguns institutos do direito administrativo norte-americano penetrassem (por via da Inglaterra) nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

Naturalmente que esta convergência entre sistemas administrativos deve ser sempre vista de forma relativa e não absoluta.

É importante não esquecer o que denominamos por “diferenças de contexto” e que se caracterizam, no caso dos Estados Unidos, pela existência de um sistema federal, pela proeminência do princípio da separação de poderes e pela presença de um poder judicial forte e interventivo. O contexto europeu apresenta, por seu lado, uma multiplicidade de variantes políticas e constitucionais. Porém, e não obstante essas diferenças entre os Estados-Membros, existem, ainda assim, vários traços comuns.

Assim, pode dizer-se com GRAHAM WILSON que, na generalidade dos países europeus e por comparação com o contexto político nos Estados Unidos, *“a cultura política, mesmo a cultura política da classe empresária, é menos hostil em relação a uma “interferência” do governo, o poder legislativo e os tribunais raramente intervêm e os reguladores, que usufruem de uma considerável autoridade, dispõem de mais*

condições para atribuírem dispensas ou concessões de acordo com as condições concretas” ⁽⁷⁵⁸⁾.

A nossa intenção, na Parte I, ao fornecer uma visão global sobre a evolução dos modelos de intervenção económica do Estado nestes dois sistemas, foi, portanto, a de perceber até que ponto a evolução histórica não prova que, independentemente de o ponto de partida ser diferente, as soluções encontradas sobre qual deve ser o papel do Estado, nas economias actuais e num mundo marcado pela globalização, não acabam por se cruzar no final.

Assiste-se, assim, presentemente, tanto na Europa (nos seus Estados-Membros), como nos Estados Unidos, não a uma *retirada* do Estado – o que poderia ser sugerido pelos fenómenos de privatização e de desregulação – mas a uma redefinição das suas funções.

Os desafios que se colocam aos dois modelos de Estado, de um lado e do outro do Atlântico, são, no entanto, diferentes.

Com efeito, enquanto nos Estados Unidos essa redefinição de funções passa por uma renovação da intervenção (reguladora) do Estado na economia, na Europa, a emergência de um modelo de Estado Regulador está na origem da autonomização de uma função reguladora que, à semelhança do que acontece nos Estados Unidos, tende a combinar características das tradicionais funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Deste modo, e após termos analisado aqueles que são os traços fundamentais da moderna teoria jurídica da regulação dos serviços de interesse económico geral, propomo-nos fazer algumas comparações entre o modelo (emergente) de regulação europeu e o modelo (centenário) de regulação americano ⁽⁷⁵⁹⁾.

Ora, e conforme escrevemos na Parte I (capítulo 6), não obstante a existência de sinais de convergência entre os sistemas administrativos continentais e os respectivos sistemas anglo-americanos, estamos longe de assistir a uma homogeneização. E isto é particularmente evidente se considerarmos a existência de um modelo próprio de regulação europeu que se distingue do modelo americano, ainda que este último tenha sido a principal fonte de inspiração do primeiro.

⁽⁷⁵⁸⁾ GRAHAM WILSON, “Social Regulation and Explanations of Regulatory Failure”, *Political Studies*, volume XXXII, 1984, pp. 224-225.

⁽⁷⁵⁹⁾ Apesar de os termos da comparação (ou das comparações) que nos propomos fazer serem, à partida, distintos (de um lado temos um País, do outro um continente), existe matéria suficiente para que possamos dizer que nos encontramos perante dois modelos de regulação, na medida em que por influência, mais uma vez do Direito da União Europeia, os Estados-Membros tendem a adoptar soluções semelhantes entre si neste domínio, formando um bloco mais ou menos homogéneo.

A diferença entre estes dois modelos pode ser explicada não só pelo facto de os Estados Unidos contarem com uma experiência regulatória de mais de cem anos, quando na Europa essa experiência começou a ser desenhada apenas no final do século passado, mas, sobretudo, pela existência, em nossa opinião, de uma diferença estrutural entre aqueles sistemas.

Essa diferença estrutural prende-se com o facto de, nos Estados Unidos, o Estado nunca ter assumido directamente a prestação de serviços essenciais (pelo menos, como regra), ao contrário da maioria dos países da Europa ocidental em que esse foi o modelo vigente durante praticamente todo o século XX, tendo apenas sido posto em causa nas últimas décadas daquele século.

Por conseguinte, enquanto nos Estados Unidos, o Estado Regulador continua a ser um ponto de partida, na Europa, este modelo assume-se (pelo menos, por enquanto) como um ponto de chegada.

Este aspecto explica, assim, o porquê de, na Europa, o modelo de Estado Regulador oscilar entre os valores de mercado e outros valores sociais (como a garantia do abastecimento ou do fornecimento do serviço, a continuidade, o serviço universal), já que isso se fica a dever ao facto de o modelo de Estado Regulador europeu ter de lidar com um modelo de Estado anterior que o “desafia” constantemente: o modelo do Estado prestador ou do Estado empresário (Estado Social), em que o Estado era tudo e estava em todo o lado. Significa isto, portanto, que o modelo de regulação na Europa parte, desde logo, com esta *pesada* herança.

Isto não quer dizer, no entanto, que nos Estados Unidos estas preocupações “sociais” não existam; a diferença é que o Estado não se assume (e nem se sente obrigado a assumir), logo à partida, como necessário garante das mesmas. Significa isto, portanto, que os cidadãos europeus continuam a esperar hoje muito mais do Estado, mesmo nas suas novas funções, do que os cidadãos americanos num igual contexto de privatização e de liberalização e este acaba por ser um aspecto importante para enquadrar a regulação, enquanto função pública, em cada um daqueles modelos.

Deste modo, mais do que objectivos diferentes, os Estados Unidos e a Europa têm, hoje, fundamentalmente, tarefas diferentes: passar de um sistema regulatório demasiado abrangente para um cenário de maior confiança nos mercados tendo por base o modelo da propriedade privada *versus* transformar o modelo de propriedade, de pública em privada ⁽⁷⁶⁰⁾.

⁽⁷⁶⁰⁾ DOUGLAS N. JONES, “Some lessons learned: regulation, deregulation, and reregulation (?)”, in AAVV, *Transatlantic Perspectives on Liberalization and Democratic Governance*, volume I, EBERHARD BOHNE et al. (editores), LIT, Munster, 2004, pp. 293-294. De forma semelhante,

Tendo este pano de fundo, podemos então ensaiar algumas comparações, não só quanto ao modelo substantivo de regulação, mas também quanto ao respectivo quadro institucional (de reguladores).

Em traços gerais, pode dizer-se que o modelo americano de regulação das *public utilities* tem como principal objectivo assegurar a existência de concorrência entre os operadores de mercado (nomeadamente em relação aos monopólios naturais), caracterizando-se pela existência de reguladores sectoriais independentes e especializados, cuja actuação é marcada pela transparência, publicidade e procedimentalização.

O modelo europeu de regulação de serviços de interesse económico geral, por sua vez, caracteriza-se por ter como principal objectivo a garantia da prestação do serviço, assumindo, portanto, a regulação importantes objectivos sociais, para além de objectivos económicos ⁽⁷⁶¹⁾. Em termos institucionais, e não obstante a criação recente de vários reguladores independentes (por influência, em muitos casos, do Direito da União Europeia, seguindo o modelo norte-americano das Comissões Reguladoras Independentes), continuam ainda a existir, em vários Estados-Membros e nomeadamente em Portugal, organismos com funções regulatórias, directa ou indirectamente, dependentes do Governo.

Em concreto, e relativamente aos aspectos substantivos, as diferenças entre estes dois modelos de regulação começam logo em relação à própria noção de regulação.

Com efeito, trata-se de uma noção usada em termos mais restritos nos Estados Unidos do que na Europa, sendo aí identificada com o controlo exercido por uma agência pública sobre actividades privadas com relevante interesse público. Já na Europa, a regulação tem sido frequentemente confundida com qualquer forma de intervenção pública (directa ou indirecta), o que explica, aliás, que só a partir da

BURKARD EBERLEIN nota que *“ao contrário da Europa, a batalha social contra o capitalismo nos Estados Unidos não se centrou na questão da propriedade, mas sim sobre a questão da regulação”* (“L’État régulateur en Europe”, op. cit., p. 216).

⁽⁷⁶¹⁾ Sinal disso mesmo é o próprio artigo 14.º (ex-artigo 16.º) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que combina aspectos económicos e não económicos, estabelecendo que *“(s)em prejuízo do disposto no artigo 4.º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.”*

década de oitenta do século passado (com os processos de liberalização e de privatização da maior parte das economias europeias e com a consequente separação das funções regulatórias relativamente às funções operativas), a regulação tenha passado a assumir autonomia enquanto objecto de estudo.

Por outro lado, mercê do particular contexto cultural, político e jurídico em que o modelo de Estado Regulador se desenvolveu nos Estados Unidos, a doutrina norte-americana tem dedicado, desde sempre, uma especial atenção ao estudo e análise das razões que determinam a existência de regulação pública.

As teorias da regulação têm sido, assim, objecto de uma maior análise nos Estados Unidos do que na Europa. Deste modo, enquanto nos Estados Unidos nos encontramos, sobretudo, perante teorias económicas relacionadas com a maximização da eficiência económica ou com a prossecução de objectivos de redistribuição de riqueza, na Europa, a regulação é explicada, sobretudo, a partir da correcção das falhas do mercado (como a existência de monopólios naturais, de externalidades ou de assimetrias de informação) surgindo, dessa forma, ligada à prossecução do interesse público na promoção da concorrência e na salvaguarda de valores sociais.

A grande diferença está, no entanto, em nossa opinião, no facto de nos Estados Unidos, desde cedo, as teorias normativas do interesse público terem sido postas em causa pelas teorias positivas dos interesses privados, enquanto na Europa, a regulação ainda se encontra muito ligada às primeiras. Esta diferença talvez se explique pela própria concepção de interesse geral vigente nos Estados Unidos que é mais “suave” (ao combinar interesses públicos com interesses privados) do que a concepção presente na Europa, sobretudo, nos países da Europa continental, em que é evidente a existência de uma oposição entre interesse geral, apanágio do público, e interesse particular, relacionado apenas com o domínio privado.

A concepção europeia de interesse público parece estar, porém, a mudar, como nota JACQUES CHEVALLIER, ao referir que *“o interesse geral não é mais considerado como o produto de uma geração espontânea: na base da sua formação, encontram-se necessariamente os interesses particulares dos indivíduos e dos grupos, razão pela qual o interesse geral e os interesses particulares não surgem mais como tendo uma natureza radicalmente diferente, tendo a sua oposição tendência para se reduzir”* ⁽⁷⁶²⁾.

Neste particular podem retirar-se, portanto, importantes ensinamentos da doutrina norte-americana (nomeadamente da Teoria Económica da Regulação e da

⁽⁷⁶²⁾ JACQUES CHEVALLIER, *L' État post-moderne*, 3.^a edição, LGDG Lextenso editions, Paris, 2008, p. 70.

Teoria da Escolha Pública), de forma a superar uma concepção do interesse público como um conceito neutro, imaterial ou etéreo, desligado da realidade e dos indivíduos em nome do qual é prosseguido.

Deste modo, entendemos que só uma análise da regulação como forma de intervenção pública (indirecta) que se encontra ao serviço do interesse público (como seja, a promoção da concorrência e a garantia da prestação do serviço em condições regulares, contínuas e de qualidade), mas também da prossecução de certos interesses privados (uns mais legítimos (protecção dos consumidores), do que outros (protecção dos incumbentes à custa dos novos *players* do mercado)) permite compreender, na plenitude, esta nova função (executiva) do Estado e detectar, quando for caso disso, a existência de falhas na mesma, como os fenómenos de captura do regulador pelos regulados.

Aliás, isto explica igualmente o porquê de nos Estados Unidos o movimento de reforma da regulação se encontrar tão desenvolvido, nomeadamente em termos de análise dos mecanismos que devem ser adoptados pelos reguladores para avaliação do impacto regulatório das medidas por si propostas.

Isto não significa, no entanto, que na Europa não existam também programas de avaliação do impacto regulatório (quer ao nível das instituições da União Europeia, quer em cada Estado-Membro). A abordagem americana tem, porém, um âmbito diferente da europeia, na medida em que privilegia os actos executivos em vez das leis fundamentais e centra a sua atenção mais na análise dos custos/benefícios das medidas a adoptar pelos reguladores do que numa análise geral das opções políticas de que dispõem os órgãos políticos ⁽⁷⁶³⁾.

Deste modo, ao contrário dos Estados Unidos, em que a análise do impacto regulatório (através da análise dos custos e dos benefícios das medidas regulatórias) funciona sobretudo como um instrumento ao serviço da Presidência para controlar e influenciar a acção executiva das agências, na União Europeia, a análise do impacto é muito mais um instrumento para legitimar as escolhas da Comissão quando apresenta propostas legislativas e para auxiliar o poder legislativo do que para controlar um aparelho burocrático disperso ⁽⁷⁶⁴⁾.

Não obstante estas diferenças, a verdade é que quer nos Estados Unidos, quer na Europa se assiste, presentemente, a um movimento generalizado de reforma da regulação no sentido de se passar a favorecer a adopção de instrumentos regulatórios

⁽⁷⁶³⁾ Cfr. *Legislar melhor: uma explicação simples desta iniciativa*, Comissão Europeia, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2006, p. 15.

⁽⁷⁶⁴⁾ PETER STRAUSS et al., *Administrative law of the European Union. Rulemaking*, GEORGE A. BERMANN et al. (editores), ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago, 2008, pp. 69-70.

mais flexíveis, mais concertados (neoregulação), a par da eliminação de todos os constrangimentos desnecessários ao livre funcionamento do mercado (desregulação).

Neste particular, como noutros, a Europa beneficiou em muito da experiência regulatória norte-americana, tendo aprendido não só com os seus êxitos, mas também com os seus fracassos, o que lhe permitiu, de certa forma, encurtar os seus próprios *períodos de aprendizagem*.

Deste modo, após os movimentos de liberalização e de privatização dos sectores dos serviços de interesse económico geral que se alastraram por todos os Estados-Membros durante as décadas de oitenta e de noventa do século passado, a União Europeia precisou apenas de uma década para, após o movimento regulador inicial que se seguiu àquele período, dar início a um novo período (traduzido nas directivas de segunda e de terceira geração) em que, descartando o caminho da pura e simples desregulação, optou antes por enveredar por novas formas de regulação tendo em vista o reforço da concorrência e que se revelaram também, em certos casos, económica e socialmente mais eficientes.

É, porém, ao nível do quadro institucional que é possível fazer mais comparações entre o modelo europeu de regulação dos “novos” serviços públicos e o respectivo modelo americano.

Deste modo, e descontado o particular quadro constitucional e político que é diferente na Europa e nos Estados Unidos, uma vez que num caso estamos perante um sistema político *sui generis*, enquanto no outro existe uma verdadeira federação de Estados, podemos dizer que o sistema regulatório multi-nível europeu (com os seus níveis regulatórios supranacional e nacional) é mais complexo do que o sistema regulatório americano ⁽⁷⁶⁵⁾.

Por influência do modelo americano, assistiu-se, no entanto, nos últimos anos, quer ao nível dos Estados-Membros, quer ao nível da União Europeia, e em particular nos sectores dos serviços de interesse económico geral, à criação de várias autoridades reguladoras independentes directamente inspiradas nas Comissões Reguladoras Independentes americanas. Tentando estabelecer uma comparação,

⁽⁷⁶⁵⁾ No mesmo sentido, LUIS MORAIS refere que “(...) nos EUA – pelo menos num plano de poderes exercidos ao nível da federação – tende a existir uma regulação da economia mais institucionalmente concentrada (existe uma superior concentração institucional no exercício dos poderes de regulação). Ora, a Europa comunitária, pelo facto de ter “vivido” em simultâneo os dois processos de modernização que vimos caracterizando – o desenvolvimento de uma integração supranacional crescente e um processo paralelo de transição para o Estado regulador ou para um modelo de estruturas híbridas – originou uma arquitectura *sui generis* dos processos de regulação. Trata-se de uma arquitectura institucional de regulação mais complexa com uma grande fragmentação horizontal e uma grande fragmentação vertical” (“A Função Reguladora e as estruturas de Regulação na União Europeia”, in AAVV, *A Europa e os Desafios do Século XXI*, P. PITTA E CUNHA / LUÍS D. SILVA MORAIS (orgs.), Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa / AREP, Almedina, Coimbra, 2008, p. 338).

pode dizer-se que as agências reguladoras europeias estão para as Comissões Reguladoras Independentes federais, como as autoridades reguladoras nacionais estão para as Comissões Reguladoras Independentes estaduais.

O défice democrático é maior, no entanto, na União Europeia (relativamente às agências reguladoras europeias) do que nos Estados Unidos (em relação às Comissões Reguladoras Independentes federais), o que se prende com o particular desenho institucional da União e com a tensão constante existente entre o nível nacional e o nível supranacional.

Deste modo, ao nível da União Europeia, às particulares questões que a criação destas entidades independentes já levantam nos Estados-Membros, há ainda que acrescentar os problemas de legitimidade democrática e de interpretação do princípio da subsidiariedade.

Concentrando-nos, no entanto, agora apenas nas autoridades reguladoras nacionais, existe, desde logo, um aspecto que as distingue das suas congéneres americanas. Com efeito, enquanto nos Estados Unidos as Comissões Reguladoras são independentes, acima de tudo, em relação ao poder político (e só indirectamente independentes dos regulados), na Europa, essa independência tem sido traçada, em primeira linha, em relação aos regulados, o que se fica a dever ao facto de em muitos Estados-Membros o Estado continuar a deter participações sociais em vários operadores do mercado.

Deste modo, na maior parte dos países europeus, o aparecimento destas entidades surge ligado à necessidade de, num contexto de liberalização e privatização dos mercados, separar o Estado empresário (operador) do Estado regulador, traçando, portanto, uma linha divisória entre o seu papel de jogador e o seu papel de árbitro do mercado. Já nos Estados Unidos, as preocupações com a “neutralidade política” das Comissões (sendo as mesmas instituídas pelo Congresso e os comissários nomeados pelo Presidente, com a aprovação do Senado, só podendo ser destituídos por “justa causa”), visam prevenir, sobretudo, a sua manipulação pelo poder político (o qual pode ser indirectamente influenciado pelos regulados).

Passada, no entanto, a primeira vaga de criação de autoridades reguladoras independentes, nota-se uma preocupação recente da parte de Bruxelas no sentido de passar a exigir uma separação mais clara destas entidades em relação ao poder político e em particular em relação ao governo (nomeadamente, nos sectores das comunicações electrónicas e da energia que são os que se encontram em processo mais avançado de liberalização). O objectivo é “insuflar” os reguladores dos programas políticos vigentes em cada momento, garantindo por esta via aos

operadores não só a existência de um quadro regulatório estável, mas também a diminuição das hipóteses de serem exercidas pressões sobre os políticos.

Num sistema mais politizado como é o americano, as Comissões Reguladoras Independentes acabam, no entanto, por reflectir as tensões que alimentam o próprio sistema constitucional (de “checks and balances”), sendo reciprocamente controladas pelo poder legislativo (Congresso) e pelo poder executivo (Presidente) ⁽⁷⁶⁶⁾, a que se junta ainda, actualmente, uma *judicial review* exigente, após um período inicial de maior deferência dos Tribunais em relação à actuação destes organismos.

De acordo com GIANDOMENICO MAJONE, “a experiência americana demonstra que uma actividade altamente complexa e especializada como é a regulação, apenas pode ser monitorizada e politicamente controlada através da combinação de diversos instrumentos: fiscalização legislativa e executiva, requisitos processuais rigorosos, participação pública e, o mais importante, a existência de um controle jurisdicional substantivo. Comparada com estes standards, a regulação na Europa surge como altamente discricionária, sofrendo de um fraco controlo pelo Parlamento e pelos tribunais, estando ausentes as garantias processuais e verificando-se uma insuficiente participação pública” ⁽⁷⁶⁷⁾.

Ainda que a comparação nos pareça relativamente exagerada, uma vez que nem o modelo americano é assim tão irrepreensível, nem o modelo europeu é assim tão censurável, a verdade é que temos ainda muito para aprender na Europa, nomeadamente em matéria de procedimentalização e de maior controlo (político e jurisdicional) da actuação das autoridades reguladoras independentes.

As diferenças entre o quadro institucional regulatório americano e o respectivo quadro regulatório europeu, designadamente ao nível do tipo e da intensidade do controlo da actuação dos reguladores, compreendem-se melhor, porém, se tivermos em conta os amplos poderes de que as Comissões Reguladoras Independentes gozam nos Estados Unidos, comparativamente com os poderes, mais modestos, da generalidade das autoridades reguladoras existentes nos Estados-Membros. Até há bem pouco tempo não existiam, aliás, na Europa, agências semelhantes às “super” agências federais americanas, sendo relativamente recente o movimento de criação

⁽⁷⁶⁶⁾ Fazendo uma comparação com o sistema europeu, das agências reguladoras europeias, JOHANNES SAURER refere que “enquanto nos Estados Unidos, o Presidente e o Congresso são os dois maiores “principals” das agências federais, o sistema de múltiplos principais (“multiple-principal-system”) europeu tem, pelo menos, quatro, sendo as agências europeias controladas pelo Conselho, pela Comissão e pelo Parlamento Europeu e pelos Estados-Membros” (“The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies”, op. cit., p. 487).

⁽⁷⁶⁷⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, op. cit., p. 94.

de verdadeiras agências reguladoras europeias, as quais se encontram ainda, no entanto, bem longe do nível de desenvolvimento das suas congéneres americanas.

Assim, enquanto na Europa, o quadro regulatório é definido, principalmente, pelo poder legislativo, nos Estados Unidos, o Congresso delega bastante poder normativo nas Comissões Reguladoras Independentes, mediante a aprovação de estatutos abrangentes e pouco concretizados, o que permite àquelas exercer uma ampla margem de decisão no seu preenchimento. Na Europa, esta margem de decisão é exercida, sobretudo, em relação a aspectos técnicos (valendo-se as autoridades reguladoras independentes da sua particular especialização e experiência nestas matérias).

A delegação de importantes poderes normativos nas Comissões Reguladoras Independentes, que muitas vezes se traduz na possibilidade de escolha de verdadeiras opções políticas, tem sido, aliás, objecto de um vivo debate nos Estados Unidos a propósito da denominada “doutrina da não delegação de poderes” (“non delegation doctrine”), a qual surge ligada à particular interpretação do princípio da separação de poderes naquele país ⁽⁷⁶⁸⁾.

De acordo com esta doutrina, o Congresso estaria impedido de delegar o seu poder legislativo noutro(s) órgão(s), nomeadamente em órgãos pertencentes ao poder executivo, como as Comissões Reguladoras Independentes. Estas comissões deveriam funcionar, assim, apenas como meras “correias de transmissão” (“transmission belt”), limitando-se a implementar as leis definidas e aprovadas pelo Congresso.

A complexidade da vida moderna e a crescente tecnicidade das matérias submetidas à apreciação do Congresso depressa tornaram evidente, no entanto, que a delegação de poderes nas comissões seria inevitável. Aliás, o facto de a doutrina da “não delegação de poderes” apenas ter sido aplicada duas vezes pelo Supremo Tribunal americano ⁽⁷⁶⁹⁾ acaba por demonstrar isso mesmo. Deste modo, sobretudo após o período do *New Deal*, sucederam-se as delegações de poderes normativos da parte do Congresso nas agências, sob o pretexto de se tratar de entidades tecnicamente melhor preparadas (do que os congressistas) para lidar com as especificidades de temas complexos que reclamavam uma análise mais detalhada

⁽⁷⁶⁸⁾ Sobre os pressupostos desta doutrina veja-se XÉNOPHON A. YATAGANAS, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies*, Jean Monnet Working Paper 3/01, 2001 (última actualização data de Março de 2002), pp. 16-19.

⁽⁷⁶⁹⁾ Cfr. processo *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 US 388 (1935) e processo *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 US 495 (1935) – para uma análise desta jurisprudência, bem como das decisões que se lhe seguiram, veja-se JERRY L. MASHAW et al., *Administrative Law. The American Public Law System*, op. cit., pp. 74 e segs..

feita por especialistas. O pragmatismo americano acabaria também por se revelar aqui, com os Tribunais (e o Supremo Tribunal em especial) a aceitarem as referidas delegações de poderes em nome de uma maior eficiência, ainda que em detrimento do respeito pelos mecanismos da democracia representativa, convertendo a “doutrina da não delegação” numa doutrina sobre os pressupostos da delegação de poderes normativos nas agências.

Neste contexto, tornou-se imperativo encontrar novas formas de controlar os amplos poderes normativos (*rulemaking*) das Comissões Reguladoras Independentes⁽⁷⁷⁰⁾. É, assim, que surgem as exigências de uma maior procedimentalização da actuação destas entidades, as quais estiveram na origem da aprovação do *Administrative Procedure Act* em 1946. Desta forma, associa-se à maior flexibilidade e à maior preparação técnica das Comissões Reguladoras Independentes, a garantia de uma actuação igualmente mais transparente, mais participada (prevendo-se expressamente a necessidade de as Comissões publicarem os seus projectos de regulamentos de forma a permitir à opinião pública participar no debate prévio à sua aprovação), devidamente fundamentada e justificada⁽⁷⁷¹⁾. A legitimidade procedimental substitui, assim, a legitimidade representativa derivada da eleição popular.

A questão de delegação de poderes tem motivado também um interessante debate ao nível da União Europeia a propósito da criação de agências reguladoras europeias (e da consequente delegação de amplos poderes nestes organismos), valendo, neste caso, a doutrina *Meroni*⁽⁷⁷²⁾. Esta doutrina acaba por ser, no entanto, mais restritiva do que a “doutrina da não delegação de poderes” americana, para além de que, diferentemente do que se passa naquele país, trata-se de uma doutrina que tem exercido uma grande influência (quer directa, quer indirectamente) na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, isto não obstante ter sido formulada nos distantes anos cinquenta do século XX, numa altura em que o projecto europeu ainda só estava a dar os primeiros passos.

⁽⁷⁷⁰⁾ Para além de poderes de *rulemaking*, as Comissões Reguladoras Independentes têm ainda poderes de decisão em casos concretos (*adjudication*). No entanto, é, sobretudo, em relação aos primeiros que se têm colocado mais questões, designadamente a propósito da sua relação com o poder legislativo do Congresso.

⁽⁷⁷¹⁾ Ainda que em muitos casos todas estas exigências procedimentais (muitas das quais impostas pelos próprios Tribunais) acabem por se revelar também extremamente dispendiosas, para além de atrasarem o procedimento de adopção de um determinado regulamento. Neste sentido, MARTIN SHAPIRO chama a atenção para o facto de que “*neste momento é mais fácil e mais rápido que o Congresso altere uma lei, do que as agências exercerem a sua discricionariedade para adoptarem um regulamento em execução da referida lei*” (“Two transformations in Administrative Law: American and European?”, in AAVV, *The Europeanisation of Administrative Law: transforming national decision-making procedures*, KARL-HEINZ LADEUR (editor), Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 17).

⁽⁷⁷²⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 638.

Pelo contrário, nos Estados Unidos vigora neste momento um princípio de acordo com o qual se admite a delegação de poderes normativos nas agências, desde que os mesmos se encontrem suficientemente delimitados de forma a permitir um controlo, não só da parte do Congresso, mas igualmente da parte dos Tribunais e do público, em relação a saber se a agência respeitou a vontade do poder legislativo ⁽⁷⁷³⁾.

Ademais, enquanto nos Estados Unidos a discussão é orientada pelo princípio da separação de poderes, na União Europeia o debate gira em torno do princípio do equilíbrio institucional ⁽⁷⁷⁴⁾. Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia, “*cada instituição actua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados, de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem*”, o que impediria, para os mais fundamentalistas, uma delegação do poder normativo num órgão não previsto nos Tratados.

Tudo isto concorre, portanto, para que a adaptação do quadro institucional da União Europeia ao crescente volume e complexidade das tarefas regulatórias se tenha vindo a demonstrar bastante mais difícil do que nos Estados Unidos ⁽⁷⁷⁵⁾ e do que nos próprios Estados-Membros onde se assiste, diariamente, ao crescimento do número das autoridades reguladoras independentes, bem como ao reforço dos seus poderes sob o impulso das próprias instituições comunitárias.

Como referimos no capítulo 6, da Parte I, a convergência entre sistemas administrativos não é sinónimo de harmonização.

A prova disso mesmo está nas diferenças que existem entre o modelo de regulação seguido nos Estados Unidos e, mais recentemente, na Europa. Na raiz dessas diferenças encontram-se, no entanto, para além de factores culturais, demográficos, geográficos e sociais a que se junta ainda uma distinta cultura jurídica, um diferente entendimento do Estado.

Com efeito, não é indiferente, para o modelo europeu de regulação, que o Estado tenha assumido até há bem pouco tempo o papel de empresário e de operador.

⁽⁷⁷³⁾ JERRY L. MASHAW et al., *Administrative Law. The American Public Law System*, op. cit., p. 79.

⁽⁷⁷⁴⁾ Para uma análise comparativa entre estes dois princípios, veja-se GIANDOMENICO MAJONE, “Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity”, *European Law Journal*, volume 8 (3), 2002, pp. 319 e segs.. De acordo com este Autor, a arquitectura constitucional da Comunidade Europeia não é baseada no princípio da separação de poderes, mas sim no princípio do equilíbrio institucional, o que se justificaria pelo facto de a União Europeia corresponder a um modelo de um “mixed government” (Idem, pp. 326 e segs.).

⁽⁷⁷⁵⁾ GIANDOMENICO MAJONE, “Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity”, op. cit., p. 322.

Se, por um lado, certos instrumentos jurídicos reflectem ainda uma ideia de protecção dos particulares que se encontrava associada ao modelo de Estado Social (como a existência de obrigações de serviço público), existem, por outro lado, outros aspectos (como a exigência de separação entre as funções operativas e as funções regulatórias) que se explicam pela necessidade de superação daquele modelo de Estado e que se prendem, em última análise, com a instituição de um verdadeiro Estado Regulador.

Deste modo, apesar de o modelo americano de regulação ter sido, e continuar a ser, uma fonte de inspiração na Europa, e por essa via também em Portugal, não existem dúvidas de que as especificidades do contexto europeu justificam a criação de um modelo próprio, com uma forte dimensão social, que apresenta inclusivamente particularidades ao nível de cada Estado-Membro.

PARTE III

**A evolução recente do Direito Administrativo Português no quadro do novo
modelo de Estado Regulador**

Introdução

Os processos de liberalização e de privatização a que temos assistido nos últimos anos, poderiam sugerir que, uma vez que grande parte dos serviços públicos tradicionais passou a ser prestado por entidades privadas (não só quanto à sua forma de organização jurídica, mas sobretudo em relação à composição do seu capital accionista), tal corresponderia igualmente a uma expansão do campo de actuação do Direito Privado em detrimento da área de incidência do Direito Público.

A realidade mostra, no entanto, que não é de todo assim.

Desde logo, a análise que fizemos quer na Parte I, quer na Parte II desta dissertação permite-nos desde já concluir, sem margem para dúvidas, que apesar do novo contexto sócio-económico, o Estado (ou seja, a esfera pública) continua a desempenhar um importante papel ordenador da sociedade e do mercado (ou seja, da esfera privada).

A afirmação plena de um regime de mercado, bem como a privatização de sectores que até há bem pouco tempo eram prestados em regime de monopólio por entidades maioritária ou exclusivamente públicas não deve, portanto, ser interpretada como significando o fim de todos e quaisquer condicionamentos públicos, nem muito menos como conduzindo ao desaparecimento do Estado ou sequer à sua substituição por estruturas fundadas exclusivamente no mercado.

Não deixa, no entanto, de ser verdade que a mudança de paradigma de Estado acaba por ter consequências ao nível dos institutos e dos instrumentos jurídicos usados pela Administração Pública, enquanto braço executivo do poder político, com isso transformando irremediavelmente o Direito Administrativo.

Na origem destas mutações estão não apenas, porém, os movimentos de liberalização e de privatização, mas igualmente o próprio Direito da União Europeia. Como sublinha um Autor espanhol, *“a revolução silenciosa que de uma forma continuada a União e o seu direito comunitário estão a impor, implica desde logo uma concepção muito diferente dos próprios poderes administrativos”* ⁽⁷⁷⁶⁾ e, acrescentaríamos nós, das próprias formas de actuação administrativas.

Neste quadro, a influência do Direito Administrativo anglo-americano e, mais concretamente, a experiência do modelo americano de Estado Regulador, têm desempenhado também um papel extremamente importante.

Deste modo, não é somente a mudança de papel do Estado (de empresário para regulador) que afecta o Direito Administrativo. Como decorre do exame que fizemos

⁽⁷⁷⁶⁾ JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA, “El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI”, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 150, Abril-Junio 2011, p. 267.

na Parte II, a propósito das técnicas da desregulação e da neoregulação no contexto dos movimentos conhecidos, na Europa, como “Better Regulation” e, nos Estados Unidos, por “Smarter Regulation”, o reconhecimento da existência de falhas da regulação (como a hiper-regulação, as assimetrias de informação ou os fenómenos de captura do regulador pelos regulados) conduziu também à apologia de procedimentos de tomada de decisão mais transparentes e mais participados, bem como à implementação de instrumentos jurídicos mais negociados e menos intrusivos.

Assim, não obstante as diferenças entre estes dois movimentos e os seus respectivos instrumentos e técnicas, que analisámos na Parte II ⁽⁷⁷⁷⁾, a verdade, porém, é que a regulação (aqui entendida como actividade) ao invés de significar o fim (ou pelo menos uma redução) da intervenção pública no mercado, equivale antes a uma autêntica metamorfose do “agir público” que ultrapassa a simples alternância entre um modelo de intervenção directa e um modelo de intervenção indirecta na economia.

Com efeito, não está apenas em causa a substituição de entidades públicas por entidades privadas na prestação directa de bens e de serviços e a necessidade, neste último caso, de supervisionar o comportamento dos privados; é preciso também encontrar uma forma *diferente* de influenciar o comportamento dos privados (no mercado) que supere as próprias falhas da regulação pública.

Estes fenómenos, que podem ser apreciados sob diferentes perspectivas e, designadamente, por diferentes ciências sociais (como a ciência económica ou a ciência política), não fogem também à análise da ciência jurídica.

Sob esta última perspectiva torna-se evidente, por um lado, a perda de terreno dos tradicionais instrumentos de regulação pública do tipo “command-and-control” ⁽⁷⁷⁸⁾ enquanto, por outro lado, se assiste ao aparecimento de outras formas de regulação. Mas não é só.

Com efeito, neste contexto, renovam-se também os tradicionais instrumentos administrativos (como o regulamento, o acto administrativo e os contratos), que surgem com novas funções e, nalguns casos, inclusivamente com novas roupagens.

Ora, todos estes aspectos acabam por influenciar a evolução recente do Direito Administrativo português.

⁽⁷⁷⁷⁾ Cfr. capítulo 2.2.2, *supra*. Basicamente, enquanto o movimento da “Better regulation” tem em vista, sobretudo, os instrumentos legislativos, o movimento da “Smarter Regulation” concentra a sua análise, essencialmente, nos instrumentos executivos usados pela Administração (em particular, pelas Comissões Reguladoras Independentes).

⁽⁷⁷⁸⁾ Os quais se traduzem na imposição de *standards* e na previsão de sanções para o caso do seu incumprimento. Estes instrumentos ou técnicas de regulação têm sido alvo, no entanto, nos últimos anos, de várias críticas – para uma análise destas críticas, veja-se ROBERT BALDWIN, “Regulation: After “Command and Control”, in AAVV, *The Human Face of Law. Essays in Honour of Donald Harris*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 65 e segs..

Em particular, torna-se cada vez mais frequente a adopção (pelos reguladores), em lugar dos tradicionais instrumentos impositivos, de instrumentos flexíveis, não vinculativos, designados por “soft law”, entre os quais se destacam as comunicações, as directivas ou as recomendações.

Por outro lado, para além das tradicionais formas de hetero-regulação (em que regulador e regulados são diferentes), assistimos também a uma opção cada vez maior por formas de auto-regulação – em que são os próprios regulados que se (auto) regulam (ainda que nalguns casos sob a supervisão dos reguladores) – e de co-regulação (que associa reguladores e regulados, cabendo aos primeiros estabelecer o quadro geral, sendo deixado para os segundos o preenchimento dos espaços em falta).

O reforço da importância de formas de auto-regulação deve ser, aliás, entendido no contexto da nova relação que se estabelece entre o Estado e a sociedade, num cenário de particular revalorização do mercado. Como sublinha M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, *“(t)emos diante de nós um novo modelo de Estado que, na sua função de garante de bens tais como a saúde, a segurança ou o meio ambiente, ensaia novas formas de regulação que tomam em consideração a capacidade auto-regulativa da sociedade, instrumentalizando-a ao serviço dos interesses gerais”* ⁽⁷⁷⁹⁾.

Ao contrário, porém, do que se poderia pensar, estas novas formas de regulação, e a auto-regulação em particular, não devem ser vistas como representando uma retracção da capacidade regulatória do Estado em favor da sociedade. Com efeito, naqueles sectores em que o Estado deve manter uma posição de garante (como é o caso dos serviços económicos de interesse geral), *“(...) a auto-regulação regulada é uma técnica que permite aos poderes públicos reequilibrar o seu poder, diante do poder crescente da sociedade, legitimar a sua actuação, utilizando os argumentos próprios de legitimação da sociedade e estruturar as relações sociais com uma intensidade desconhecida historicamente”* ⁽⁷⁸⁰⁾. A vocação expansiva do Direito Administrativo fica, aliás, bem patente na sua tendência progressiva para regular relações jurídico-privadas, pondo em causa, em última análise, os tradicionais domínios da autonomia privada.

O fenómeno da regulação, com todas as questões que levanta e que analisámos na Parte II, só veio contribuir, assim, para tornar mais evidente o esbatimento, pelo

⁽⁷⁷⁹⁾ M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, p. 37.

⁽⁷⁸⁰⁾ Idem, p. 396.

menos em parte, das tradicionais fronteiras entre Direito Público e Direito Privado ⁽⁷⁸¹⁾. É, aliás, interessante observar que os movimentos de liberalização e de privatização ao implicarem uma revalorização do mercado, bem como a *despublicatio* de certas actividades essenciais, hoje consideradas privadas, ao mesmo tempo que implicam uma *invasão* da esfera de actuação do Direito Administrativo pela esfera de actuação própria do Direito Privado, acabam também por erigir certos princípios de Direito Administrativo em princípios comuns à disciplina quer do poder público, quer do poder privado ⁽⁷⁸²⁾. Certos Autores referem-se, aliás, a um fenómeno aparentemente paradoxal de *colonização* do Direito Privado pelo Direito Público ⁽⁷⁸³⁾.

Deste modo, se para alguns estamos perante uma expansão do campo de actuação do Direito Privado, à custa de uma contracção do campo respectivo do Direito Público, para outros, assistimos a um fenómeno oposto, de alargamento do Direito Público (e do Direito Administrativo em concreto) a áreas de actuação que estavam, até aqui, reservadas ao Direito Privado.

A evolução recente do Direito Administrativo deve ser entendida, portanto, no contexto de um fenómeno mais geral de evolução do próprio Direito e, em particular, no contexto da evolução da velha querela das fronteiras entre Direito Público e Direito Privado.

O “novo” Direito Administrativo é, assim, um direito mais flexível, mais negociado, que recorre, sem complexos ou preconceitos, a instrumentos públicos (como o acto administrativo), mas também a instrumentos privados (como o contrato) para levar a cabo as novas funções atribuídas à Administração, a saber, assegurar a existência de concorrência entre operadores (públicos e privados) onde ela é possível e diminuir ao mínimo os efeitos dos monopólios, garantindo, em última análise, através da supervisão da actividade dos respectivos operadores, a regularidade e

⁽⁷⁸¹⁾ Pode ler-se no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro (diploma que aprova a lei orgânica do ICP-ANACOM) que “*o regime jurídico adequado às funções do ICP — ANACOM será um regime misto que conjugue as prerrogativas de direito público, indispensáveis para o desempenho dos seus poderes de autoridade, com a flexibilidade e eficiência do direito privado, uma vez que intervém num sector em mutação constante.*”

⁽⁷⁸²⁾ Num sentido semelhante veja-se GIULIANO AMATO/LARAINÉ LAUDATI que referem que a “*de-regulation*” implica a devolução de actividades económicas para mãos privadas (e consequentemente para o Direito Privado), mas que ligadas a tais actividades permanecem princípios e obrigações que anteriormente apenas se aplicavam a acções públicas (“*state actions*”) (GIULIANO AMATO/LARAINÉ LAUDATI, “The Protection of Public Interests and Regulation of Economic Activities”, in AAVV, *The Europeanisation of law. The legal effects of European Integration*, FRANCIS SNYDER (editor), Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2000, p. 141).

⁽⁷⁸³⁾ Cfr. CAROL HARLOW, “The “Hidden Paw” of the State and the Publicisation of Private Law”, in AAVV, *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, DAVID DYZENHAUS et al. (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 77.

continuidade dos serviços públicos essenciais, bem como a existência de elevados níveis de qualidade na prestação dos mesmos.

Por conseguinte, depois de termos examinado, na Parte II, a regulação na sua perspectiva de actividade do Estado, está na altura de nos concentrarmos na regulação enquanto instrumento jurídico ao serviço dos novos fins do Estado.

A pergunta de que partimos, nesta Parte III, é, portanto, a de saber de que forma a adopção de um novo modelo de Estado (Estado Regulador) determina uma mutação nos instrumentos jurídicos usados pela Administração Pública, sendo certo que tomamos como adquirido a existência dessa mutação. O nosso objectivo será, assim, avaliar o impacto que as alterações provocadas pela liberalização e privatização de serviços públicos essenciais (como as comunicações electrónicas, a energia, os serviços postais e os transportes ferroviários) têm produzido no Direito Administrativo português.

Ora, essas transformações podem ser apreciadas sob duas perspectivas: a perspectiva institucional (ao nível da própria organização administrativa) e a perspectiva substantiva (ao nível dos instrumentos jurídicos propriamente ditos). Destas duas perspectivas, aquela que, porventura, tem suscitado maior interesse da parte da doutrina administrativista portuguesa (e europeia) é a perspectiva institucional.

Com efeito, uma das transformações recentes mais visíveis ao nível do Direito Administrativo está ligada ao aparecimento de Autoridades Reguladoras Independentes e aos problemas que estas mesmas entidades levantam, nomeadamente ao nível do tradicional entendimento do princípio da separação de poderes, da sua legitimidade democrática e do controlo político e jurisdicional dos seus actos. Não é isso, no entanto, que nos ocupa nesta Parte III ⁽⁷⁸⁴⁾. Com efeito, nesta Parte dedicaremos a nossa análise, apenas, ao estudo da perspectiva substantiva.

Quais são, então, os (novos ou velhos) instrumentos regulatórios de que a Administração se serve para regular a actividade dos agentes económicos nos sectores dos serviços económicos de interesse geral?

Para responder a esta pergunta, a nossa análise terá em consideração, e uma vez que é a evolução recente do Direito Administrativo português que está em causa, o ordenamento jurídico português.

Não se trata, portanto, de uma análise abstracta, mas sim de uma análise concreta que parte do exame dos regimes jurídicos que regem os sectores em causa para, num primeiro momento, fazer o recenseamento das principais alterações

⁽⁷⁸⁴⁾ Remetemos a análise destas questões para a Parte II, capítulo 3.3..

substantivas verificadas quer ao nível do aparecimento de novos instrumentos jurídicos, quer de mutações em velhos instrumentos jurídicos e partir depois, num segundo momento, para a problematização de questões que a utilização destes instrumentos coloca neste novo contexto regulador.

Trata-se, assim, de uma análise feita a partir do Direito positivo mas que vai para além deste. Com efeito, o nosso objectivo é estabelecer uma relação entre a utilização de diferentes instrumentos jurídicos e o novo papel (regulador) do Estado, procurando elementos de conexão entre os mesmos que ajudem a explicar, por exemplo, a utilização de uns em detrimento de outros.

Os parâmetros analíticos de que partimos são, portanto, essencialmente dois: (1) formas de regulação e (2) instrumentos jurídicos administrativos.

Em relação ao último parâmetro o mesmo pode ainda subdividir-se em quatro outros sub-parâmetros de análise: (i) funções regulatórias de cada instrumento jurídico; (ii) desafios que a sua adopção coloca aos cânones tradicionais do Direito Administrativo; (iii) novas questões colocadas a velhos instrumentos jurídicos e (iv) mutações nos velhos instrumentos jurídicos.

O objectivo final é, assim, usar esta análise (concreta) para formular conclusões (gerais) sobre a forma como o Direito Administrativo (em particular os seus instrumentos jurídicos na sua função de instrumentos regulatórios) tem sido afectado, nos últimos tempos, pelos movimentos de liberalização e de privatização dos serviços económicos de interesse geral.

Não se pretende, naturalmente, estudar todas as alterações recentes sofridas pelo Direito Administrativo português, mas apenas aquelas que, no contexto acima referido, se destacam pela sua significância. Esta Parte III deve ser vista, portanto, essencialmente como um contributo para o estudo da evolução recente do Direito Administrativo português no quadro do novo modelo de Estado Regulador.

1. Novas formas de regulação

Um dos aspectos que sinaliza a evolução recente do Direito Administrativo português diz respeito ao envolvimento de actores privados na prossecução de fins administrativos públicos. Este aspecto, que não é inteiramente novo, assume, porém, nos dias de hoje, uma configuração especial que se distingue pelas implicações que o mesmo transporta para o *moderno* Direito Administrativo.

Não se trata, portanto, apenas, da prossecução por entidades organizadas sob formas jurídico-privadas (ainda que a maioria do capital seja público) de fins públicos ou mesmo da execução por privados (inclusivamente em termos de capital societário) de tarefas ou funções tradicionalmente atribuídas a entes públicos. Estas são realidades que não sendo recentes têm sido analisadas pela nossa doutrina administrativa a propósito do estudo do fenómeno da privatização, nomeadamente nas suas dimensões formal e orgânica ⁽⁷⁸⁵⁾.

Não é isto, no entanto, que está aqui em causa ou não é apenas isto.

Com efeito, em rigor, quando nos referimos à existência de novos modos ou formas de regulação estamos a reportar-nos a uma realidade que embora possa apresentar alguma afinidade quer com aquelas situações em que a Administração Pública adopta instrumentos de direito privado (privatização formal), quer com a possibilidade da execução, por privados, de funções públicas (privatização orgânica), quer ainda com a transferência de actividades públicas para o sector privado (privatização material), não se deve confundir com estas.

Efectivamente, ao contrário do fenómeno da privatização formal, não está em causa o recurso, pela parte das entidades públicas, a instrumentos jurídicos de Direito Privado, mas antes a utilização de instrumentos jurídicos privados, elaborados por privados, como verdadeiros e próprios instrumentos administrativos, ou seja, tendo em vista a orientação de condutas privadas e a prossecução, em última instância, do interesse público colectivo ⁽⁷⁸⁶⁾.

⁽⁷⁸⁵⁾ Cfr., entre muitas outras, as obras de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, op. cit., e de PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, op. cit..

⁽⁷⁸⁶⁾ Não estamos, portanto, perante um fenómeno de privatização do direito regulador da Administração, mas sim perante um fenómeno diferente. Com efeito, não está em causa o recurso pela Administração a instrumentos jurídico-privados, como, por exemplo, o contrato, mas antes a existência de contratos privados, celebrados entre privados, que para além de servirem para regular a actuação daqueles mesmos privados têm também efeitos extra-partes, razão pela qual não são inteiramente deixados à autonomia das partes, uma vez que se reportam a actividades privadas de interesse público. Deste modo, o direito estadual não só impõe a sua utilização, como fixa as condições em que os mesmos devem ser celebrados, bem como, nalguns casos, estabelece ainda os direitos e deveres das partes envolvidas. Este fenómeno não deve ser também confundido com as formas de administração negociada ou “contratual”, já que estas últimas implicam a existência de uma relação negociada entre a

Trata-se, por conseguinte, de erigir instrumentos jurídicos tipicamente privados em instrumentos administrativos regulatórios, cumprindo, assim, uma função que ultrapassa a mera regulação das relações entre privados. Deste modo, não está em causa disciplinar as relações entre a Administração e os particulares, mas sim as relações entre particulares. Não são, porém, quaisquer relações. Com efeito, em causa estão relações que interessam ao Direito Administrativo, porque se projectam na colectividade, uma vez que se reportam a actividades económicas de interesse geral.

É questão, portanto, para perguntar se estamos perante uma invasão do Direito Administrativo pelo Direito Privado ou se, antes pelo contrário, se trata de uma invasão de campos próprios do Direito Privado pelo Direito Administrativo? Dito por outras palavras, estaremos perante uma *privatização do Direito Público* ou perante uma *publicização do Direito Privado*? Limitamo-nos, no entanto, e por agora, a formular a pergunta, deixando a sua resposta para um momento posterior da nossa investigação.

O fenómeno a que nos referimos não se confunde também, por outro lado, com a privatização material de tarefas ou com a privatização orgânica, reconduzindo-se antes à constatação de que não existe um monopólio público da regulação dos mercados ⁽⁷⁸⁷⁾.

Na origem deste fenómeno encontram-se, porém, duas modalidades de privatização: a privatização patrimonial e a privatização material de tarefas, ou seja, a deslocação, para o sector privado, de bens públicos e de actividades públicas, fenómenos que já vimos marcarem a evolução recente, tanto na União Europeia como em Portugal, dos sectores dos tradicionais serviços públicos económicos.

Administração e os particulares “(...) através da utilização de técnicas contratuais ou quase-contratuais em que os administrados pelo menos já não têm um papel exclusivamente passivo de meros destinatários de comandos ou decisões unilaterais de autoridade administrativa” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Lições de Introdução ao Direito Público”, in JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, volume II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, p. 319). Diferentemente, no nosso caso, estamos perante a utilização de verdadeiros e próprios instrumentos jurídicos privados, envolvendo entidades inteiramente privadas, mas postos ao serviço da prossecução de fins públicos.

⁽⁷⁸⁷⁾ PAULO OTERO enquadra esta situação numa modalidade de privatização que designa por *privatização da regulação administrativa da sociedade* que descreve como sendo um “(...) processo pelo qual o Estado (ou outra entidade pública) reduz ou suprime a sua intervenção reguladora, procedendo a uma devolução ou transferência para a sociedade civil (ou especificamente para certos sujeitos privados ou instituições privadas) do poder de criação de normas jurídicas reguladoras das respectivas actividades, assistindo-se, deste modo, a uma “destatização”, podendo envolver um verdadeiro processo de “desregulação” ou, em alternativa, a mera substituição de uma regulação estadual por um fenómeno de auto-regulação (...)” (“Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 37).

Ao contrário do que se poderia, no entanto, pensar, qualquer uma destas situações, ao invés de pressupor o fim da intervenção pública na economia com a concomitante regulação do mercado pelo próprio mercado (privados), activa o desenvolvimento de um novo papel do Estado (através da autonomização da sua função reguladora) ao mesmo tempo que leva ao aparecimento de novos reguladores (privados).

Em última análise, e em relação a este último aspecto, a constatação da existência de novas formas de regulação está relacionada com a ultrapassagem da concepção tradicional do interesse público, de acordo com a qual este apenas seria prosseguido pelo Estado, e com o reconhecimento de que o interesse público também pode ser prosseguido por privados.

A existência de novas formas de regulação, envolvendo também actores privados, coloca, assim, em relevo o facto de que a regulação não é, apenas e só, uma actividade do Estado, não existindo, portanto, necessariamente, um monopólio da regulação pública ⁽⁷⁸⁸⁾. Aliás, nos dias de hoje, torna-se mesmo cada vez mais evidente a importância que outros actores sociais assumem no jogo da regulação, destacando-se, em especial, o papel dos operadores de mercado, das organizações profissionais, dos comités técnicos ou das associações representativas dos mais diversos interesses, para dar apenas alguns exemplos, o que leva precisamente alguns Autores a afirmar que “*existe regulação em muitos sítios*” ⁽⁷⁸⁹⁾.

Antes de continuarmos deve, no entanto, voltar a sublinhar-se que a análise que temos em vista neste capítulo não se prende com o aspecto institucional (saber quem regula), mas tão só com o aspecto substantivo da regulação, ou seja, concentra-se apenas nos instrumentos regulatórios e não nos reguladores.

Efectivamente, conforme referimos na Parte II desta dissertação, a propósito da resposta à pergunta “*quem regula?*”, a nossa análise centra-se no Estado (no seu papel de regulador), por oposição a uma análise “descentrada” da regulação, que o mesmo é dizer que se trata de uma análise que apenas considera a actividade da regulação levada a cabo por entidades públicas.

Isto não nos impede, porém, de constatar que para além das tradicionais formas de regulação pública da economia (que são, por natureza, uma forma de hetero-regulação) se assiste, cada vez mais, à opção por novas formas de regulação (como a

⁽⁷⁸⁸⁾ Da mesma forma, aliás, como não existe também, inclusivamente ao nível da regulação pública da economia, um monopólio da regulação estatal (no sentido de regulação nacional de cada Estado), como resulta evidente da existência de um sistema regulatório multi-nível, com uma forte componente supranacional (cfr. *supra*, Parte II, capítulo 3.1.).

⁽⁷⁸⁹⁾ De acordo com JULIA BLACK, e usando a expressão original, “*there is “regulation in many rooms”*” (“Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world”, op. cit., pp. 103-104).

auto-regulação) que envolvem outros actores, nomeadamente privados, com nítidos reflexos ao nível dos instrumentos administrativos adoptados.

Saber o que é a auto-regulação convoca, aliás, uma série de questões, cujas respostas dependem, em última análise, da perspectiva que se adopte sobre a forma de tratamento das mesmas. A perspectiva mais comum de abordar estes fenómenos passa, precisamente, pela sua análise institucional ou organizativa, que parte da regulação enquanto actividade e que estuda as entidades que executam a referida função ⁽⁷⁹⁰⁾. Para esta perspectiva, assumem especial relevo questões como a legitimidade e a responsabilização dos reguladores, para além de outros aspectos ligados à sua actuação, nomeadamente em termos de transparência e de eficácia das medidas por si aprovadas.

De acordo com a perspectiva que adoptamos, as formas de regulação (hetero-regulação, auto-regulação e co-regulação) relevam porém, sobretudo, como formas de criação de instrumentos regulatórios e é esse aspecto que pretendemos analisar. Naturalmente que mesmo de acordo com esta perspectiva não se pode prescindir totalmente de uma referência aos autores dos instrumentos regulatórios (ou seja, aos reguladores). Esta referência tem em conta, no entanto, apenas a posição dos reguladores face aos regulados, abstraindo, por consequência, da sua natureza (pública ou privada).

Ora, regular significa condicionar, influenciar, determinar o comportamento dos diversos actores que actuam no mercado, tendo em vista a prossecução de determinados objectivos económicos, bem como de determinados objectivos sociais. Isto pode ser feito “a partir de fora” (ou seja, externamente aos regulados) ou “a partir de dentro” (pelos próprios regulados) ou ainda através da mútua colaboração entre reguladores e regulados, num espaço que fica algures entre “fora” e “dentro”.

Podemos, assim, distinguir diferentes formas de regulação de acordo com o critério dos autores e dos destinatários da regulação.

Seguindo este critério, o modo de regulação mais típico é a denominada hetero-regulação que é uma forma de condicionar, a partir do exterior, a actividade dos agentes do mercado. Reguladores e regulados são, neste caso, entidades distintas. Esta forma de regulação é normalmente levada a cabo por entidades públicas (como as autoridades reguladoras independentes), mas nada impede que a mesma não possa ser também utilizada por privados para condicionarem a actividade de outros agentes públicos ou privados (veja-se o caso das agências de *rating*).

⁽⁷⁹⁰⁾ Veja-se, entre nós, a dissertação de doutoramento de VITAL MOREIRA que tem por objecto o estudo do fenómeno da auto-regulação profissional, (cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, op. cit.).

Por seu lado, a auto-regulação é uma forma de regulação levada a cabo pelos próprios regulados, havendo, por conseguinte, nesta situação, uma coincidência entre reguladores e regulados.

A expressão auto-regulação é, no entanto, uma expressão polissémica, à semelhança, aliás, do que também acontece com o próprio conceito de regulação. Neste sentido, VITAL MOREIRA destaca o seu emprego, quando aplicada ao sistema económico, com três sentidos diferentes: “(a) *como capacidade de funcionamento equilibrado da economia, sem necessidade de normas exteriormente impostas aos agentes económicos (poderes auto-reguladores do mercado); (b) como regulação de um determinado grupo por meio de normas voluntárias e autovinculação voluntária (auto-regulação privada); (c) como capacidade de um determinado grupo de se regular a si mesmo mediante o reconhecimento oficial e com meios de direito público (poder regulamentar, disciplinar, etc, obrigatório para toda a categoria)*”⁽⁷⁹¹⁾.

O Autor distingue em relação aos dois últimos sentidos da expressão, a auto-regulação privada da auto-regulação de natureza pública. Não concordamos, no entanto, com semelhante distinção, uma vez que em nossa opinião a auto-regulação, não obstante poder ser imposta ou reconhecida oficialmente pelo Estado, continua a ter sempre natureza privada. Aliás, em bom rigor, toda e qualquer forma de auto-regulação (mesmo voluntária) tem sempre de ser reconhecida e aceite pelo Estado (seja pelo legislador, seja pelo poder executivo), pelo que, no limite, seguindo aquela classificação, todas as formas de auto-regulação teriam sempre natureza pública.

São exemplos de formas de auto-regulação, os códigos éticos de conduta elaborados pelos operadores das infra-estruturas no sector da electricidade e do gás natural relativos à independência funcional da operação⁽⁷⁹²⁾, para além dos contratos de fornecimento de electricidade e de gás natural, celebrados entre os comercializadores e os clientes⁽⁷⁹³⁾. No mesmo sentido, vejam-se também os contratos de acesso às condutas da rede pública celebrados, no sector das comunicações electrónicas, entre a concessionária do serviço público de telecomunicações e as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou

⁽⁷⁹¹⁾ VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, op. cit., p. 53.

⁽⁷⁹²⁾ Cfr. artigos 25.º, n.º 2, al. h) e 36.º, n.º 2, al. d) do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e artigos 20.º-A, n.º 13, 21.º, n.º 3, al. g) e 31.º, n.º 2, al. d) do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

⁽⁷⁹³⁾ Estes contratos devem respeitar alguns condicionamentos, nomeadamente em matéria de direitos e obrigações das partes que são impostos na legislação e que se destinam, em última análise, a salvaguardar a posição dos clientes (cfr. artigos 45.º-A do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012).

serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público ⁽⁷⁹⁴⁾. Ainda no sector das comunicações electrónicas, outro exemplo de auto-regulação são os regulamentos elaborados pelas empresas de comunicações electrónicas e pelas entidades que detenham infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas e que se destinam a regular os procedimentos para a atribuição de direitos de passagem em domínio público ⁽⁷⁹⁵⁾.

Em causa estão, portanto, instrumentos regulatórios (códigos de conduta, contratos, regulamentos) elaborados pelos próprios regulados, ainda que os mesmos não se encontrem organizados em associações ou organizações profissionais, mas se limitem a agir individualmente. Por outro lado, e em relação aos contratos (privados) celebrados entre operadores ou entre operadores e clientes, da mesma forma, ainda que os mesmos não sejam “abstractos e gerais”, no sentido de se destinarem a disciplinar uma pluralidade de relações (como são, por exemplo, as condições gerais de contratos), estamos, sem dúvida, perante verdadeiros e próprios instrumentos regulatórios, que se caracterizam por estabelecerem um determinado regime jurídico destinado a reger as relações (ainda que concretas e particulares) entre as partes envolvidas, relações essas que são importantes para a regulação do sector em causa.

Deste modo, e de acordo com a perspectiva que adoptamos, a auto-regulação pode ser definida como o conjunto de instrumentos jurídicos (privados) orientado para a prossecução do interesse público e que permite aos regulados gerirem o processo regulatório.

As formas de auto-regulação tendem, porém, e conforme referimos acima, a envolver frequentemente, em simultâneo, actores públicos e actores privados. Nem sempre é fácil, portanto, distinguir, pelo menos na prática, a auto-regulação da co-regulação ⁽⁷⁹⁶⁾. Com efeito, mesmo as formas de regulação puramente privadas

⁽⁷⁹⁴⁾ Cfr. art. 26.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

⁽⁷⁹⁵⁾ Cfr. art. 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de Setembro.

⁽⁷⁹⁶⁾ Citem-se, entre outros, os exemplos, no sector da energia, dos contratos de acesso às infra-estruturas celebrados entre os operadores das infra-estruturas e os utilizadores das mesmas (cfr. artigos 28.º e 39.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e artigos 24.º e 34.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012). Com efeito, estes contratos obedecem a um modelo previamente aprovado pela ERSE (cfr. para o sector da electricidade, o Despacho n.º 18899/2010 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 21 de Dezembro de 2010 e para o sector do gás natural o Despacho n.º 2145/2007 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 22 de Outubro de 2007 e a Directiva n.º 3/2011 da ERSE, de 28 de Setembro) tal como, aliás, os contratos de fornecimento de electricidade ou de gás natural celebrados entre o comercializador de último recurso e os seus clientes (cfr. para o sector da electricidade, o Despacho da ERSE n.º 3 278-A/2006, de 3 de Fevereiro e para o sector do gás natural, o Despacho n.º 1550/2011 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 19 de Janeiro de 2011). No sector dos transportes ferroviários, pode dar-se o exemplo dos sistemas de

acabam por ter de ser reconhecidas ou aceites pelo Estado. Como refere M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, “(...) a auto-regulação com relevância para o Direito Administrativo nunca se pode apresentar à margem da regulação estadual. Deve ser, e assim é em muitos aspectos, uma auto-regulação regulada, uma auto-regulação, em suma, controlada e instrumentalizada pelo legislador e pela Administração”⁽⁷⁹⁷⁾.

Em conclusão, quando nos referimos a formas de regulação temos em vista os vários instrumentos jurídicos capazes de condicionar e/ou de influenciar o comportamento dos agentes de mercado (operadores e consumidores), uns elaborados e impostos a partir do exterior, normalmente com base numa relação de hierarquia (hetero-regulação), outros elaborados e implementados pelos próprios regulados ou em colaboração (directa ou indirecta) com os reguladores (auto-regulação e co-regulação, respectivamente), os quais podem ser voluntariamente adoptados ou coercivamente impostos.

Com efeito, e conforme também já havíamos antecipado na Parte II, quando analisámos a técnica da neoregulação, uma das formas de superar as falhas da regulação passa pela adopção de instrumentos jurídicos que se caracterizam, muitas vezes, por não serem impostos a partir “de fora”, ou seja, de forma externa aos regulados, mas que são, antes pelo contrário, elaborados pelos próprios regulados. O objectivo é, assim, introduzir não só maior flexibilidade na regulação de actividades económicas de interesse geral, como envolver o próprio mercado (em particular os regulados) na definição e implementação das políticas regulatórias que lhes dizem directamente respeito, diminuindo com isso os custos de informação, bem como os custos de monitorização e de aplicação das medidas regulatórias, aumentando a eficácia da regulação.

Deste modo, a desregulação e a neoregulação ao mesmo tempo que significam, em termos gerais, a supressão de regras de direito público que condicionam ou limitam a iniciativa económica privada, acabam também por estar na origem da formalização de regras e de instrumentos de direito privado como verdadeiros e próprios instrumentos regulatórios.

As formas de auto-regulação podem funcionar, assim, em vez da regulação pública, não só preenchendo os espaços deixados em aberto por aquela (quer

gestão de segurança que apesar de serem elaborados pelas próprias empresas de transporte ferroviário têm de ser aprovados pelo regulador sectorial, o qual pode determinar, em qualquer momento, a sua revisão, suspensão ou revogação, desde que com fundamento em perigo para a segurança da exploração ferroviária (cfr. artigos 65.º, n.º 1 e 66.º-B do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho).

⁽⁷⁹⁷⁾ M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, op. cit., p. 75.

originariamente, quer nos casos de desregulação), mas, sobretudo, nas situações em que a regulação pública se revela ineficaz. Neste último caso, a adopção de instrumentos jurídicos de direito privado, elaborados pelos próprios regulados, pode revelar-se um meio de superar os excessos da regulação pública. Não estamos, no entanto, perante processos alternativos de regulação, mas antes perante processos complementares entre si.

Deste modo, ao lado de instrumentos jurídicos tipicamente públicos e que representam uma forma de hetero-regulação (como o regulamento administrativo ou o acto administrativo), ainda que reformulados ou reconfigurados à luz das novas funções do Estado Regulador, assiste-se, cada vez mais, à institucionalização de instrumentos jurídicos privados (como códigos de conduta, regulamentos privados ou contratos privados) como instrumentos regulatórios, os quais representam uma forma de auto-regulação.

Quais são, no entanto, os riscos que estas “novas” formas de regulação ⁽⁷⁹⁸⁾ envolvem?

Os riscos mais evidentes estão, desde logo, ligados às questões da falta de legitimidade dos actores privados, sobretudo quando adoptam medidas com eficácia em relação a terceiros, e da eventual menor transparência da sua actuação, às quais se juntam ainda questões relacionadas com a menor responsabilização dos regulados ao agirem como (auto) reguladores. Estes riscos traduzem-se, em última análise, no perigo de ocorrência do fenómeno de captura dos reguladores pelos regulados (que, neste caso, são também reguladores).

Com efeito, um dos aspectos centrais da regulação levada a cabo por autoridades reguladoras independentes passa pela garantia da sua independência não só face ao Governo, mas sobretudo em relação aos regulados.

Este aspecto assume, por razões óbvias, uma importância fulcral no caso de a regulação ser levada a cabo pelos próprios regulados, nem sempre sendo fácil distinguir a prossecução dos interesses privados próprios dos regulados (e que se podem traduzir no estabelecimento de condições anti-competitivas ou de barreiras à entrada de novos agentes no mercado ou, ainda, na desconsideração dos interesses

⁽⁷⁹⁸⁾ Em rigor, não estamos perante verdadeiras “novas” formas de regulação, se entendermos o emprego deste adjectivo no sentido de *recentes*. Com efeito, quer as formas de auto-regulação, quer as formas de co-regulação são, na realidade, bastante antigas (vejam-se as formas de auto-regulação profissional com raízes na Idade Média). O emprego do adjectivo “novo” pretende, no entanto, evidenciar que nos encontramos perante uma revitalização destes modos de regulação, sendo os mesmos usados como complemento dos modos tradicionais de regulação (como a hetero-regulação), no cenário mais abrangente de uma renovação da própria relação entre o Estado e a sociedade, que é especialmente visível ao nível da prestação dos tradicionais serviços públicos.

dos consumidores) dos interesses públicos que justificam a opção por esta forma de regulação.

A auto-regulação apresenta, no entanto, nítidas vantagens se comparada com as formas de hetero-regulação, sendo as mais evidentes em termos de *expertise* e de eficiência.

Em relação a esta última, costuma referir-se que os regulados se encontram em melhores condições do que os reguladores para controlar, bem como para gerir as suas próprias actividades. Existirá, assim, à partida, uma maior aceitação, um maior “buy-in”, se o controlo vier de “dentro” do sistema do que se o mesmo for imposto a partir de fora ⁽⁷⁹⁹⁾. Relativamente à *expertise*, em princípio, os regulados têm não só mais conhecimentos, como também uma melhor preparação técnica em relação às autoridades reguladoras independentes, o que é especialmente importante ao nível da definição de medidas regulatórias, tendo também mais facilidade em desenvolver contactos com outros regulados, o que facilita, por sua vez, a implementação e execução das medidas por si adoptadas. Por outro lado, e da perspectiva do Estado, a regulação é também mais eficiente na medida em que os custos regulatórios são suportados pelos próprios regulados em vez do erário público (contribuintes).

Ao contrário do que se poderia, no entanto, pensar, a adopção de novos instrumentos regulatórios (privados) não representa uma contracção do âmbito de aplicação do Direito Administrativo, nem tão pouco uma retracção do Estado Regulador, representando, antes, uma remodelação da relação Estado-sociedade também visível ao nível da escolha dos instrumentos regulatórios.

Com efeito, verifica-se uma preferência pela colaboração (tudo conforme com a nova forma de entender a relação do Estado com a sociedade) em detrimento da hierarquia, ao mesmo tempo que aumenta o espaço da autonomia privada à custa da redução do campo da heteronomia. Acaba, deste modo, por se desafiar a própria concepção hierárquica Estado-sociedade.

Como refere TIMSIT, podemos inclusivamente perguntar-nos se, com o fenómeno da auto-regulação, não estaremos em vias de entrar numa nova era: “(...) *aquela das democracias de terceiro tipo: a era das democracias dialogadas – as democracias que, pelo diálogo constante com a sociedade civil, as associações, os grupos de cidadãos..., procuram dar-se uma outra legitimidade que não a dos modos tradicionais da representação e da participação*” ⁽⁸⁰⁰⁾.

⁽⁷⁹⁹⁾ Cfr. BARRY BARTON, “The Theoretical Context of Regulation”, op. cit., p. 29.

⁽⁸⁰⁰⁾ GÉRARD TIMSIT, “La régulation. La notion et le phénomène”, Revue française d’Administration Publique, n.º 109, 2004, p. 11.

Simultaneamente assiste-se igualmente a uma revitalização da regulação pública estadual.

Com efeito, e conforme também referimos acima, mesmo os modos de regulação privados (como a auto-regulação) têm de ser enquadrados pelo Estado, seja estimulando, seja impondo a sua utilização (nomeadamente por via legislativa) ⁽⁸⁰¹⁾, seja ainda através da monitorização da actuação dos privados ⁽⁸⁰²⁾. Nas palavras de VITAL MOREIRA *“toda a auto-regulação requer uma certa hetero-regulação jurídico-estadual da própria auto-regulação”* ⁽⁸⁰³⁾. Por outro lado, a intervenção do Estado (sobretudo do Estado Legislador) ao prever o recurso a formas de auto-regulação acaba também por funcionar como um meio de recepção das formas de auto-regulação na ordem jurídica estadual, atendendo a que *“os reenvios explícitos para regras de auto-regulação têm um forte carácter ratificador (...)”* ⁽⁸⁰⁴⁾.

Ao Estado cabe, portanto, assegurar que mesmo quando esteja em causa o recurso a formas de auto-regulação, os interesses públicos são respeitados. Deste modo, o papel do Estado pode passar pela aprovação (prévia ou sucessiva) dos regulamentos aprovados pelos operadores, bem como dos respectivos códigos de conduta ou dos contratos celebrados entre operadores ou entre estes e os consumidores, acompanhada da monitorização da sua implementação.

⁽⁸⁰¹⁾ Veja-se o previsto no art. 9.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, de acordo com o qual *“os regulamentos da ERSE podem prever procedimentos de autorregulação das entidades intervenientes nos sectores regulados, possibilitando-lhes a adopção de regulamentos internos que, conformando-se com a regulamentação da ERSE, desenvolvam os seus princípios, tendo em vista a sua eficiente e adequada aplicação, designadamente em matérias que confirmam aos agentes e aos consumidores melhores condições na prestação do serviço regulado”*.

⁽⁸⁰²⁾ A monitorização levada a cabo pelo Estado pode assumir diferentes formas. Veja-se, por exemplo, no sector das comunicações electrónicas, a previsão de que na falta de acordo entre a concessionária do serviço público de telecomunicações e as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público sobre o acesso a condutas, a autoridade reguladora nacional (ou seja, o ICP-ANACOM) pode determinar, a solicitação de qualquer das partes, as condições do acesso, designadamente o preço (cfr. art. 26.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro).

⁽⁸⁰³⁾ VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, op. cit., p. 129. Ou, como também refere PEDRO GONÇALVES, *“(...) o processo de redução da intervenção pública não significa exactamente um abandono ou uma indiferença do Estado pelos resultados obtidos no âmbito da auto-regulação privada. Para controlar tais resultados, o Estado desenvolve uma tarefa de supervisão e de regulação das actuações privadas”* (*Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., p. 171). O Autor refere-se a uma auto-regulação privada publicamente regulada, conceito que designa uma associação, combinação ou mistura entre a mera acção privada e a regulação pública ou estadual (*Ibidem*).

⁽⁸⁰⁴⁾ EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN, *“La contribution de l'autorégulation régulée à la systématisation du droit administratif”*, *Révue Européenne de Droit Public*, n.º 18, 4, 2006, p. 1273. De acordo com o mesmo Autor, em causa está a existência de “cláusulas de recepção” incluídas em certas leis, as quais constituem o filtro que assegura às forças da auto-regulação uma influência – limitada – sobre a regulamentação estadual, decidindo igualmente sobre a dimensão desta influência (*Ibidem*).

Regista-se, aliás, uma evolução na atitude do Estado em relação à auto-regulação, a qual tem variado desde a indiferença ao seu franco encorajamento, o que se fica a dever a um entendimento da auto-regulação quer como uma forma mais efectiva de realizar as políticas públicas, através da delegação da tarefa da sua implementação nos próprios regulados, quer à sua apresentação como alternativa ou complemento à regulação formal ⁽⁸⁰⁵⁾.

Os novos modos de regulação (auto-regulação e co-regulação) surgem, assim, no contexto actual, e como o demonstram, aliás, os exemplos que citámos acima, cada vez mais incentivados pelo *moderno* Direito Administrativo, o que se torna especialmente visível ao nível dos instrumentos regulatórios escolhidos para regular as actividades desenvolvidas nos tradicionais sectores dos serviços públicos.

Assiste-se, deste modo, à formação de um Direito Administrativo cada vez mais negociado, progressivamente menos hierárquico e menos intrusivo e simultaneamente também mais flexível e mais descentralizado, que o mesmo é dizer menos *estatocêntrico*.

Estes aspectos caracterizam a evolução recente do Direito Administrativo, sendo um sinal evidente da mudança do papel do Estado no que diz respeito ao funcionamento da economia e, em especial, dos mercados de serviços económicos essenciais.

⁽⁸⁰⁵⁾ ALAN PAGE, "Self-Regulation: the Constitutional Dimension", *Modern Law Review*, 49, 1986, p. 148.

2. Instrumentos regulatórios: novos ou velhos instrumentos jurídicos?

Quais os instrumentos de que o Estado se socorre na regulação dos tradicionais sectores dos serviços públicos económicos tendo em vista a articulação dos valores de mercado com a promoção de valores sociais? Trata-se de *novos* ou *velhos* instrumentos jurídicos? Quais as especificidades destes instrumentos regulatórios? Em que medida é que a regulação modifica a dogmática tradicional do Direito Administrativo (substantivo)?

Estas são apenas algumas das perguntas que se podem colocar a propósito do conjunto de instrumentos regulatórios de que os reguladores se servem para orientar, influenciar, limitar, condicionar o funcionamento dos mercados e, conseqüentemente, determinar o comportamento dos seus vários intervenientes.

Em relação à primeira pergunta, a resposta à mesma depende se por Estado nos referimos ao Estado Legislador ou ao Estado Administrador. Com efeito, embora a regulação tenda a ser identificada com o exercício da função administrativa, a mesma começa por ser exercida ao nível legislativo, pelo menos se entendida num sentido lato, enquanto definição de políticas económicas e sociais.

Este aspecto é, aliás, hoje, tão ou mais evidente quanto, conforme referimos na Parte II, a propósito dos diferentes níveis de regulação, se verifica uma ascendência do nível regulatório supranacional (comunitário) sobre o nível regulatório nacional. Deste modo, considerando a clara opção dos órgãos comunitários pela adopção de directivas como instrumentos regulatórios por excelência, as quais são transpostas, à luz do nosso ordenamento jurídico nacional, através de leis e de decretos-lei ⁽⁸⁰⁶⁾, compreende-se que o legislador nacional possa também ser considerado regulador ⁽⁸⁰⁷⁾.

Isto é especialmente visível ao nível do estabelecimento, nos diplomas quadro que traçam as linhas gerais da regulação dos diferentes sectores de serviços económicos de interesse geral, das obrigações de serviço público que os operadores se encontram obrigados a cumprir, bem como da previsão do funcionamento de um

⁽⁸⁰⁶⁾ Cfr. artigo 112.º, n.º 9 da Constituição da República Portuguesa.

⁽⁸⁰⁷⁾ A influência do Direito da União Europeia nos ordenamentos jurídicos nacionais projecta-se, simultaneamente, num outro fenómeno que é paralelo a este e que se prende com o facto de a Administração “(...) não se limita(r) (hoje em dia) a dar execução a políticas definidas pelo legislador nacional, fruto de um poder democrático típico, mas cada vez mais (executar) políticas europeias e internacionais fundadas em parâmetros técnico-científicos que exigem, para ser efectivas (eficazes), um esforço de interligação e articulação entre Administrações estaduais, aos quais são inerentes momentos de criação e inovação (implementação das políticas) em que a primeira palavra passa a ser da Administração” (SUZANA TAVARES DA SILVA, Texto da conferência sobre “O princípio (fundamental) da eficiência”, op. cit., p. 13). Voltaremos a este aspecto mais adiante quando abordarmos os novos desafios colocados pelo modelo de Estado Regulador à figura dos regulamentos administrativos (cfr. capítulo 3).

serviço universal em determinadas condições ou ainda do estabelecimento de regras em matéria de segurança do abastecimento, nomeadamente no caso do fornecimento de electricidade e de gás natural, bem como em matéria de garantia de acesso de terceiros às redes ou sobre os direitos e as obrigações das partes em determinados contratos como, por exemplo, os contratos celebrados entre os operadores e os seus clientes.

A regulação não se resume, no entanto, apenas à aprovação de diplomas legislativos, nem tão só à aprovação de normas jurídicas ⁽⁸⁰⁸⁾.

Aliás, não obstante o exposto, convém reafirmar que a regulação é, sobretudo, uma actividade administrativa, confiada a órgãos pertencentes à Administração Pública (embora, como também referimos acima, não esteja excluída a possibilidade de entidades privadas deterem igualmente poderes reguladores, poderes esses que são incentivados e reconhecidos pelo Estado).

Deste modo, apesar dos poderes reguladores do legislador, a verdade é que a regulação do mercado é, fundamentalmente, uma tarefa administrativa ou executiva, de concretização de políticas e de programas definidos na lei.

Assim, quando nos referimos a instrumentos regulatórios temos em mente, sobretudo, instrumentos administrativos (actos, contratos e regulamentos administrativos), sem descurar, no entanto, a existência, conforme referimos no capítulo anterior, de instrumentos de Direito Privado (como regulamentos internos de empresas, códigos de conduta e, inclusivamente, contratos privados) como verdadeiros e próprios instrumentos regulatórios, na medida em que governam relações que, projectando-se na colectividade, interessam ao Direito Administrativo. Deste modo, apesar da sua natureza privada, trata-se de instrumentos que, de uma forma ou de outra, são acolhidos pelo Direito Administrativo (que enquadra a sua existência, disciplina a sua utilização e reconhece a sua função (auto) reguladora).

A nossa análise centrar-se-á, no entanto, essencialmente, no estudo das principais transformações que a mudança de paradigma de Estado trouxe ao nível dos

⁽⁸⁰⁸⁾ Com efeito, apesar de a regulação, entendida na perspectiva de instrumento jurídico administrativo, tender a ser identificada com o regulamento, já tivemos oportunidade de nos pronunciar, na Parte II, contra aquilo que designámos como sendo uma concepção formal ou restrita de regulação, de acordo com a qual a regulação seria sinónimo de aprovação e promulgação de normas jurídicas, cujo incumprimento teria associada a aplicação de alguma sanção. Diferentemente, de acordo com uma concepção material de regulação, que é a que perfilhamos, a regulação compreende não apenas a elaboração e aprovação de normas jurídicas, mas também a utilização de outros instrumentos jurídicos de forma a intervir na actividade económica (como contratos, licenças ou autorizações para dar apenas alguns exemplos), para além de envolver também a utilização de instrumentos económicos, os quais, por razões óbvias, estão fora da nossa análise (cfr., *supra*, capítulo 1.1., Parte II).

instrumentos administrativos, considerando a perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo substantivo.

Estas transformações podem resumir-se em duas grandes áreas de análise e de investigação.

A primeira diz respeito ao aparecimento de *novos* instrumentos jurídicos, no contexto do aligeiramento dos controlos públicos sobre a iniciativa económica privada. Referimo-nos aqui, em particular, ao fenómeno também conhecido por *soft law* que se contrapõe à *hard law* e que engloba todas as formas de regulação de condutas humanas que se caracterizam pela ausência de qualquer sanção no caso do seu incumprimento. São exemplos destes novos instrumentos, as directivas, bem como as recomendações aprovadas pelas autoridades reguladoras independentes, entre outros. Trata-se de instrumentos que tanto podem ter natureza pública (sendo elaborados e aprovados por entidades públicas) como natureza privada (sendo, neste caso, elaborados e aprovados por entidades privadas).

A segunda grande área de investigação prende-se com as transformações que se verificam ao nível dos *velhos* instrumentos jurídicos usados pelas entidades administrativas, ou seja, dos instrumentos que correspondem às formas tradicionais do agir administrativo: o regulamento administrativo, os actos administrativos e os contratos.

Estes instrumentos continuam, aliás, a ser ainda hoje dominantes, isto não obstante as transformações entretanto verificadas, o que justifica que dediquemos maior atenção à sua análise. O novo contexto do Estado Regulador coloca, porém, e como não podia deixar de ser, novos desafios aos instrumentos administrativos ditos típicos. Mas quais são esses desafios?

Os mesmos resumem-se, no fundo, à necessidade de compatibilizar a existência de um mercado liberalizado com a garantia pública da prestação de serviços de interesse geral com carácter económico, essenciais para a vida em sociedade, e que são, hoje em dia, prestados sobretudo por privados. Em última análise, está em causa o aumento do bem-estar dos consumidores e da riqueza das empresas, através do aumento da competitividade, sem comprometer, no entanto, os princípios tradicionais do serviço público: regularidade, continuidade e qualidade.

Estes desafios traduzem-se, por sua vez, quer em “novas questões” que são colocadas aos *velhos* instrumentos jurídicos administrativos e que desafiam a dogmática administrativa tradicional, quer, simultaneamente, em mutações nos *velhos* instrumentos que dão origem ao aparecimento de novas categorias ou de novos institutos jurídicos.

Os próximos capítulos serão dedicados, assim, a analisar estas transformações, optando-se para tal por uma perspectiva prática e crítica que supera a simples análise descritiva dos diplomas que enquadram o regime regulatório em vigor nos sectores económicos que temos vindo a estudar.

De qualquer forma, podemos desde já referir, em termos gerais e em jeito preliminar, antecedendo a análise que faremos em seguida, dois temas que, apesar de fazerem parte do estudo tradicional do Direito Administrativo, assumem neste cenário configurações que sem serem completamente novas se apresentam como particulares. Referimo-nos aos temas das relações jurídicas multilaterais e da autonomia pública administrativa.

Com efeito, a concretização de obrigações de serviço público, bem como de um serviço universal, em actos administrativos ou em contratos, dá origem ao aparecimento de relações jurídicas multilaterais, ou seja, relações que envolvem vários sujeitos (públicos e privados) e que se contrapõem às tradicionais relações bilaterais entre a Administração e um único particular ⁽⁸⁰⁹⁾.

No caso concreto, estamos perante uma relação triangular que envolve o Estado, o prestador do serviço e o cidadão-consumidor, sendo que todos os vértices ou lados da relação se relacionam mutuamente (cidadão - prestador de serviço; Estado - prestador de serviço; cidadão – Estado).

Com efeito, não só *“o cidadão tem uma relação quer com o prestador do serviço, que tem a responsabilidade primária pela prestação do serviço, quer com o próprio Estado, que conserva uma responsabilidade secundária”* e que se traduz na garantia da prestação do serviço ⁽⁸¹⁰⁾, como o Estado e o prestador de serviço mantêm também, entre si, uma relação.

O reconhecimento da existência de relações administrativas multilaterais não consubstancia, naturalmente, uma novidade no campo do Direito Administrativo, da mesma forma que este tipo de relação (com esta particular configuração) também não

⁽⁸⁰⁹⁾ A doutrina maioritária refere-se, de forma indiferente, a relações jurídicas multilaterais, relações jurídicas multipolares, relações jurídicas poligonais ou relações jurídicas trilaterais ou triangulares para designar esta mesma realidade. FRANCISCO PAES MARQUES distingue, no entanto, entre relações jurídicas multilaterais e relações jurídicas multipolares, considerando estas últimas uma espécie das primeiras. Para este Autor, as relações jurídicas administrativas multipolares *“(...) podem ser definidas como as relações jurídicas administrativas, nas quais se confrontam dois ou mais interesses privados (plano ou vertente horizontal), e cuja conformação do respectivo exercício cabe à Administração Pública, mediante a adopção de um acto jurídico-público (plano ou vertente vertical)”* (As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares. Contributo para a sua compreensão substantiva, Almedina, Coimbra, 2011, 32). Pela nossa parte, não vemos, no entanto, razões para não seguir a doutrina maioritária.

⁽⁸¹⁰⁾ PAUL CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., p. 347.

é desconhecida, encontrando paralelo na relação que se estabelece entre a Administração, o concessionário e o utente de um determinado serviço público ⁽⁸¹¹⁾.

Em sentido diferente, no entanto, das típicas relações multilaterais, neste novo enquadramento, o cidadão (consumidor) não é, em rigor, um terceiro, ou seja, um sujeito meramente afectado pelos efeitos da relação principal que se estabelece entre o Estado e o prestador do serviço e que se arrisca a ser visto como uma parte “menor” ou “menos importante” desta relação. Antes pelo contrário. A protecção do cidadão-consumidor é, em última análise, o que alimenta esta relação trilateral e que justifica a existência de obrigações de serviço público que o prestador do serviço se encontra vinculado a cumprir ou que explica a existência de um serviço universal que este último se compromete a prestar, em determinadas circunstâncias e condições.

A tutela dos interesses e dos direitos do utente dos serviços públicos não é, assim, portanto, um, entre vários outros, deveres ou obrigações que se estabelecem na relação entre o Estado e o prestador de serviço e cujo cumprimento se projecta na esfera de terceiros (os utentes), mas antes o dever ou a obrigação principal desta relação, o que faz com que o cidadão-consumidor ⁽⁸¹²⁾ se assuma como parte, de pleno direito, na relação, ao lado do Estado (que assume uma função de garantia) e do prestador do serviço (que tem uma função executiva).

O cidadão-consumidor deixa, portanto, de ser visto como um destinatário mediato, para ser encarado como um destinatário imediato quer da actuação do Estado, quer da actuação do prestador dos serviços. Deste modo, se tivéssemos de exemplificar graficamente esta relação triangular, colocaríamos o cidadão-consumidor no vértice superior do triângulo, sinalizando a relação paralela que o mesmo estabelece com o Estado e com o prestador de serviço, que completam os outros dois vértices do mesmo triângulo.

Por outro lado, e ao contrário das típicas relações administrativas multipolares, a existência de um efectivo conflito entre interesses privados não é também um pressuposto essencial desta relação, pelo menos não no sentido de existência de um conflito entre beneficiados e prejudicados ⁽⁸¹³⁾, muito embora, em última análise, o

⁽⁸¹¹⁾ No mesmo sentido, veja-se ALEXANDRA LEITÃO para quem “(...) as concessões de serviço público constituem um terreno por excelência para a aplicação do conceito de relação jurídica multilateral, visto que, apesar de os utentes não serem partes no contrato, são obviamente afectados por este” (*A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 240).

⁽⁸¹²⁾ Conceito que passa a substituir o conceito tradicional de utente, típico do modelo de Estado Social.

⁽⁸¹³⁾ Sobre a existência de interesses conflitantes como elemento conceptual do conceito de relações jurídicas multipolares veja-se FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares. Contributo para a sua compreensão substantiva*, op. cit., pp. 54 e segs..

interesse (do lucro) do prestador do serviço possa ser, pelo menos em tese, conflituante com os interesses dos consumidores (regularidade, continuidade e qualidade do serviço). A presença do Estado surge justificada, precisamente, de forma a garantir o justo equilíbrio entre aqueles dois pólos da relação.

Em qualquer caso, esses interesses dificilmente se apresentarão numa lógica de benefício de um dos lados, em prejuízo do outro. Com efeito, embora a concretização de obrigações de serviço público, bem como a prestação de um serviço universal possa configurar um benefício para o cidadão-consumidor, dificilmente comporta um verdadeiro e próprio prejuízo para o prestador do serviço.

As transformações que o Direito Administrativo substantivo tem sofrido em virtude da mudança do modelo de Estado espelham ainda também um outro fenómeno que a regulação põe igualmente em evidência e que é o do reforço substancial da autonomia pública administrativa, num contexto de cada vez maior complexidade e especialização técnica.

De acordo com SÉRVULO CORREIA, deve entender-se por autonomia pública, *“(...) a permissão normativa da criação, no âmbito de formas de conduta típica da Administração (ou seja, pelo menos, no dos regulamentos, actos e contratos administrativos), de efeitos de direito de substância não predeterminada por normas jurídicas, bem como a titularidade e exercício do poder gerado por tal permissão”* ⁽⁸¹⁴⁾.

Com efeito, e conforme teremos também oportunidade de desenvolver melhor nos próximos capítulos, a actividade regulatória fortalece igualmente a autonomia administrativa, sendo visível sobretudo em matéria de aprovação de regulamentos pelas autoridades reguladoras independentes (colocando questões interessantes nomeadamente ao nível da relação entre a função legislativa e a função administrativa), mas fazendo também sentir-se em relação à autonomia contratual e à própria margem de livre decisão administrativa, o que se fica a dever, em grande parte, à especial preparação técnica e elevado grau de especialização das entidades reguladoras.

2.1. Novos instrumentos administrativos. *Soft law* Administrativo.

Uma das transformações, em nossa opinião, mais interessantes que a regulação trouxe ao Direito Público moderno foi a afirmação, ao lado do tradicional Direito obrigatório, injuntivo e coactivo, de um Direito informal, não obrigatório, que concilia

⁽⁸¹⁴⁾ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção), de 17.1.2007, P 1068/06”, op. cit., pp. 45-46.

flexibilidade e eficácia, com base na técnica, sendo mais negociado do que imposto, também conhecido por *soft law* ⁽⁸¹⁵⁾.

O *soft law* contrapõe-se ao *hard law*, ou seja, ao Direito “duro” que assenta na aplicação de sanções, enquanto aquele se destaca, precisamente, por ser um Direito “suave”, isto é, um Direito não obrigatório, cujo incumprimento não é objecto de qualquer sanção.

As primeiras manifestações de *soft law* encontram-se no Direito Internacional, onde os consensos têm sido sempre mais difíceis de alcançar. Os instrumentos de *soft law* surgem, assim, neste contexto, essencialmente, como uma forma de preparar decisões vinculativas ou de substituir aquelas, quando não é possível obter o acordo de todas as partes envolvidas, limitando-se a servir, neste caso, de meras orientações, sem carácter vinculativo ⁽⁸¹⁶⁾.

Fica a dever-se, no entanto, ao Direito da União Europeia a importância crescente que o *soft law* alcançou nos últimos anos, em particular nos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Membros. Isto é sobretudo visível em áreas políticas mais sensíveis (como a política de emprego ou a política fiscal ⁽⁸¹⁷⁾), onde o debate sobre a partilha de competências entre os Estados-Membros e a União tem sido mais intenso, funcionando neste caso o *soft law* como um facilitador do processo de integração europeia. A utilização de instrumentos de *soft law* tem-se expandido, porém, para outros domínios onde a questão da delimitação de competências não se coloca com tanta acuidade e onde, inclusivamente, as instituições da União possuem amplas competências.

Deste modo, ao lado de actos jurídicos que gozam de eficácia jurídica plena, como os regulamentos, as directivas e as decisões, o Direito da União Europeia prevê igualmente, e de forma expressa, a existência de recomendações e de pareceres, sem carácter vinculativo ⁽⁸¹⁸⁾.

À semelhança do que já vimos ter acontecido noutras áreas, e o *soft law* não é uma excepção, as instituições comunitárias não se limitam, no entanto, apenas a ser

⁽⁸¹⁵⁾ Trata-se de uma expressão que se encontra instituída entre a doutrina independentemente da sua nacionalidade, e que será também, por isso, utilizada no texto, optando-se deliberadamente por manter a designação inglesa original.

⁽⁸¹⁶⁾ Sobre as razões para recorrer ao *soft law* no Direito Internacional veja-se, entre outros, CATHERINE REDGWELL, “International Soft Law and Globalization”, in AAVV, *Regulating Energy and Natural Resources*, BARRY BARTON et al. (editores), Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 98.

⁽⁸¹⁷⁾ Cfr. DAVID M. TRUBEK et al., “Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, Jean Monnet Working Paper 02/05, New York University School of Law, New York, 2005.

⁽⁸¹⁸⁾ Cfr. art. 288.º (5.º parágrafo) do TFUE que estabelece que as recomendações e os pareceres adoptados pelas instituições da União não são vinculativos.

criadoras de *soft law*, sendo também, simultaneamente, impulsionadoras da adopção de *soft law* por parte das administrações nacionais ⁽⁸¹⁹⁾.

Neste sentido, e a título meramente exemplificativo, veja-se no sector das comunicações electrónicas o disposto no artigo 4.º, número 1-A da Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, sobre Privacidade e Comunicações Electrónicas, na redacção dada pela Directiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, em que se estabelece que as autoridades nacionais devem ter competência para auditar as medidas tomadas pelos prestadores de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público em matéria de segurança de processamento, e para emitir *recomendações* sobre melhores práticas relativas ao nível de segurança que estas medidas devem alcançar. Já no sector da energia, prevê-se, designadamente no artigo 37.º, número 1, alínea g) da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho (electricidade) que compete às autoridades reguladoras nacionais monitorizar os planos de investimento dos operadores das redes de transporte e apresentar no seu relatório anual uma apreciação dos planos de investimento destes operadores no que respeita à sua coerência com o plano de desenvolvimento da rede à escala comunitária, podendo essa apreciação incluir *recomendações* no sentido de modificar esses planos de investimento. De acordo com a mesma Directiva, compete igualmente às autoridades reguladoras nacionais publicar *recomendações*, com frequência pelo menos anual, sobre a conformidade dos preços de comercialização com os princípios previstos no artigo 3.º da Directiva, e transmiti-las, quando adequado, às autoridades responsáveis pela concorrência (alínea o)).

O Direito da União Europeia tem funcionado, assim, também por esta via, como um veículo propulsor de modificações substanciais nos Direitos Administrativos nacionais, nomeadamente ao conduzir à adopção, nos direitos internos, de instrumentos de *soft law* (como recomendações, directivas não vinculativas, normas de orientação, entre outros) como instrumentos administrativos regulatórios.

Deste modo, ao nível do Direito Público e mais concretamente do Direito Administrativo, pode dizer-se que temos diante de nós um fenómeno novo que, ao mesmo tempo que inova, quebra igualmente as ortodoxias e as concepções tradicionais ⁽⁸²⁰⁾.

⁽⁸¹⁹⁾ DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 58.

⁽⁸²⁰⁾ Cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, Prólogo à monografia de DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., p. 17. De acordo com o mesmo Autor, outra forma de encarar o *soft law* é vê-lo como uma manifestação de uma ruptura de consensos, pondo em evidência a

Com efeito, o *soft law* põe em causa o sistema tradicional de fontes de Direito, que parte, justamente, de uma concepção da ordem jurídica como uma ordem normativa, imperativa, cujo incumprimento é sempre sancionado ⁽⁸²¹⁾.

Ora, apesar de o *soft law* ter carácter geral e de materialmente se identificar com o conteúdo típico das disposições gerais estamos, no entanto, perante normas reguladoras de condutas que não são obrigatórias, não se prevendo, por conseguinte, quaisquer sanções para o caso de as mesmas serem violadas.

A doutrina não é, no entanto, unânime no tratamento que dá às diversas manifestações de *soft law*.

Com efeito, para alguns Autores estamos perante verdadeiras normas jurídicas, isto não obstante a ausência de obrigatoriedade e de, regra geral, as mesmas não serem precedidas de um procedimento específico de elaboração ⁽⁸²²⁾. Para outros Autores, porém, “(o) *soft law* não é verdadeiro Direito, por lhe faltar o elemento sancionatório, que é essencial ao conceito de Direito. (...) não se trata(ndo) de normas jurídicas, mas de recomendações jurídicas” ⁽⁸²³⁾.

Pela nossa parte, entendemos que o facto de se tratar de normas de conduta que não são obrigatórias e cuja violação não é punida, não impede as mesmas de produzirem, ainda assim, determinados efeitos jurídicos indirectos ⁽⁸²⁴⁾. Entender de outro modo, implicaria, desde logo, recusar, por absurda, a própria designação de

incapacidade das instâncias legislativas para alcançar acordos que se estendam a todos os âmbitos e níveis de decisão (idem, p. 16).

⁽⁸²¹⁾ De acordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, “(...) a existência de sanções é natural consequência da imperatividade” (*O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição refundida, Almedina, Coimbra, 2011, p. 62).

⁽⁸²²⁾ Cfr. DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., p. 95. No mesmo sentido se pronuncia CATHERINE THIBIERGE para quem o normativo não se confunde com o obrigatório, distinguindo diversos géneros de normatividade no Direito: o obrigatório, o recomendatório e o declaratório. As normas “souples” podem ser então definidas como normas recomendatórias, que visam modelar comportamentos, de maneira concreta e detalhada, mas sem obrigar, ou como normas declaratórias que tendem a orientar a acção, de maneira mais geral e abstracta (CATHERINE THIBIERGE, “Rapport de synthèse”, in AAVV, *Le Droit Souple*, Journées nationales, Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 159). Da mesma forma, e no âmbito do Direito Internacional Público, ÁNGELLES MAZUELOS BELLIDO referindo-se a propósito da natureza das recomendações não obrigatórias das organizações internacionais reconhece o seu carácter jurídico tendo em conta que se trata de instrumentos previstos em Tratados constitutivos de organizações internacionais, adoptados no exercício de competências estabelecidas e de acordo com um determinado procedimento (ÁNGELLES MAZUELOS BELLIDO, “Soft law: mucho ruido y pocas nueces”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004, p. 13).

⁽⁸²³⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, volume I (com a colaboração de RAVI AFONSO PEREIRA), Almedina, Coimbra, 2004, p. 62.

⁽⁸²⁴⁾ Cfr., no mesmo sentido, LINDA SENDEN, “Soft law, self-regulation and co-regulation in European law: Where do they meet?”, *Electronic Journal of Comparative Law*, volume 9.1, January, 2005, p. 23.

(*soft*) *law*. Rejeitamos, assim, por princípio, uma concepção que apenas identifica o Direito com sinónimo de obrigatoriedade ou de sanção ⁽⁸²⁵⁾.

Deste modo, nada impede que o *soft law*, apesar de não impor obrigações, não possa ter valor jurídico, nomeadamente como instrumento interpretativo de outros instrumentos juridicamente vinculativos ou como instrumento preparatório de instrumentos obrigatórios. Por outro lado, o *soft law* pode também adquirir relevância jurídica através da sua incorporação num texto juridicamente vinculativo, o que pode ser feito quer através da sua reprodução integral (por exemplo, num Anexo a um diploma legislativo ou a um regulamento administrativo), quer através de uma remissão legislativa para instrumentos de *soft law*. Neste caso, o instrumento de *soft law* pode assumir os efeitos do próprio instrumento jurídico onde é incorporado ou os efeitos que este decida atribuir-lhe.

Uma questão particularmente interessante que se poderá colocar será, porém, a de saber se não obstante nos encontrarmos perante instrumentos não vinculativos, os mesmos podem constituir, de alguma forma, um princípio de conduta que a Administração se encontre obrigada a respeitar ⁽⁸²⁶⁾.

Em relação a esta questão, é nossa opinião que, independentemente dos efeitos jurídicos indirectos que os instrumentos de *soft law* possam produzir, sempre se poderá invocar o princípio da boa fé que é, ele próprio, fonte de obrigações jurídicas. Há, assim, que distinguir nestas situações entre o que são os efeitos jurídicos dos instrumentos de *soft law* (que nunca se poderão traduzir na imposição de obrigações jurídicas, pois isso seria subverter a natureza daqueles instrumentos) e o que são as obrigações jurídicas resultantes para a Administração da aplicação do princípio da boa fé nas suas relações com os particulares ⁽⁸²⁷⁾.

⁽⁸²⁵⁾ Até porque nem todas as normas jurídicas contêm sanções (veja-se o caso, por exemplo, das normas programáticas ou das normas permissivas). Por outro lado, existem também normas em que não é fácil identificar obrigações para os seus destinatários, quer porque são pouco precisas na sua formulação, quer porque recorrem a conceitos vagos e indeterminados.

⁽⁸²⁶⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese de um operador económico seguir, na sua actividade, uma recomendação aprovada por uma determinada entidade reguladora. Neste contexto, poder-se-ia questionar se a Administração não fica “obrigada” a respeitar o sentido da referida recomendação, nomeadamente vendo-se impedida de revogar, por exemplo, a licença de exercício da actividade do referido operador com o argumento de que o mesmo adoptou uma determinada conduta, se a referida conduta se encontrar em conformidade com a recomendação por si aprovada.

⁽⁸²⁷⁾ Cfr. art. 266.º, n.º 2 da Constituição e art. 6.º-A do Código de Procedimento Administrativo. Estaria aqui em causa, sobretudo, a proibição de *venire contra factum proprium*, ou seja, a proibição de comportamento contraditório da parte da Administração. Em todo o caso, será sempre necessário demonstrar que o comportamento da Administração lesou, de alguma forma, uma fundada e legítima expectativa que a mesma Administração criou anteriormente no mesmo particular ao agir em determinado sentido. Trata-se, no entanto, de uma demonstração que pode acabar por revelar-se difícil, tendo em conta que os instrumentos de *soft law* são instrumentos não obrigatórios que se limitam a sugerir determinadas condutas, mas não a impô-las.

A utilização de formas de *soft law* coloca, no entanto, igualmente outras questões. Com efeito, poderá também perguntar-se se a adesão, de forma voluntária, a instrumentos de *soft law* pode alterar, de alguma maneira, a natureza dos mesmos. Efectivamente, para alguma doutrina a recepção do *soft law* pelos destinatários faz com que estes instrumentos adquiram um carácter obrigatório e produzam todos os seus efeitos na respectiva esfera jurídica ⁽⁸²⁸⁾.

Trata-se, no entanto, de uma questão particularmente sensível e que, como tal, deve ser abordada com cuidado. Com efeito, em nossa opinião, a situação deverá ser sempre analisada caso a caso, pois, de outra forma, corre-se o risco de, assim sendo, todo o *soft law* ser considerado, afinal, um direito obrigatório, o que, justamente, poria em causa a própria natureza particular destes instrumentos jurídicos. Deste modo, ter-se-á sempre que apurar, por um lado, quais são os instrumentos de *soft law* que estão em causa e, mais importante, de que forma e em que condições se verifica uma adesão (no sentido de vinculação) dos particulares aos mesmos ⁽⁸²⁹⁾.

Pode ainda questionar-se se os instrumentos de *soft law* poderão propor modificações ou mesmo contrariar instrumentos jurídicos obrigatórios, válidos e plenamente eficazes, em vigor. Uma situação deste tipo pode não ser, aliás, tão invulgar como à primeira vista se poderia supor. Deste modo, apesar de a resposta negativa parecer naturalmente óbvia, dado que estamos perante instrumentos pertencentes a diferentes categorias normativas, sendo uns vinculativos e outros não, na prática, e precisamente por esse facto, pode ser difícil determinar a exacta medida em que se verifica uma verdadeira (e própria) incompatibilidade ou contradição.

Tudo visto, parecem não restar dúvidas, como afirma DANIEL SARMIENTO, que o *soft law* traduz um mandato de optimização de resultados ⁽⁸³⁰⁾. Com efeito, as

⁽⁸²⁸⁾ CÉCILE PÉRÈS, “La réception du droit souple par les destinataires”, in AAVV, *Le Droit Souple*, Journées nationales, Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 109. O que separaria os instrumentos jurídicos de “*soft law*” dos instrumentos típicos de “*hard law*” seria, assim, para esta Autora, o facto destes últimos encontrarem no seu modo de aprovação, e não na recepção pelos destinatários, as condições da sua validade (idem, pp. 109-110). De acordo com a mesma Autora, “(...) a recepção pelos destinatários parece cumprir duas funções complementares: ao exprimir a vontade dos destinatários de conferir um valor obrigatório ao *soft law* (“*droit souple*”), a recepção acaba por o integrar na ordem jurídica, traduzindo ao mesmo tempo, pela necessidade da sua existência, a originalidade deste direito, o qual rivaliza desta forma com o direito dito “*duro*”, sem, no entanto, se confundir com este” (idem, p. 110).

⁽⁸²⁹⁾ Por exemplo, se se tratar de um contrato em que ambas as partes tenham decidido, de forma voluntária, vincular-se aos princípios ou às regras contidas numa determinada directiva ou instrução, não vinculativa, aprovada por uma entidade reguladora independente, os termos e as condições dessa vinculação reconduzir-se-ão, em última análise, aos termos e condições de cumprimento do próprio contrato e não ao carácter obrigatório que aquelas normas tenham entretanto adquirido em virtude da sua recepção pelos seus destinatários.

⁽⁸³⁰⁾ DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., p. 106.

normas de *soft law* não impõem condutas obrigatórias, mas apenas condutas desejáveis, que representam modelos de comportamento.

O Autor estabelece, aliás, uma interessante analogia entre as manifestações de *soft law* e a doutrina de ROBERT ALEXY, na sua conhecida teoria dos direitos fundamentais, sobre a diferença entre regras e princípios.

De acordo com ALEXY, as regras são mandatos taxativos, que devem ser cumpridas na íntegra, nem mais, nem menos, enquanto os princípios são mandatos de otimização, cujo cumprimento é feito na medida do possível, ou seja, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas ⁽⁸³¹⁾. O *soft law* aproximar-se-ia, assim, da natureza dos princípios na teoria de ALEXY, sendo uma forma de alcançar resultados, independentemente da medida da sua concretização.

No fundo, a diferença entre o *hard law* e o *soft law* pode reconduzir-se, em última análise, à dicotomia entre o tratamento da Lei como um instrumento *impositivo* de determinados comportamentos *versus* o seu entendimento como um instrumento *transformador*, capaz de alterar comportamentos.

Deste modo, o facto de as normas de *soft law* não serem obrigatórias e de não preverem nenhuma sanção para o caso do seu incumprimento não significa, necessariamente, que as mesmas sejam menos respeitadas do que as normas imperativas, que prevêem sanções no caso da sua violação. Aliás, as razões para cumprir podem ser inclusivamente as mesmas, apesar de num caso estarmos perante condutas obrigatórias e no outro condutas não obrigatórias. A isto acresce ainda o facto de, muitas vezes, o *soft law* ser elaborado por ou em conjunto com os seus destinatários (nomeadamente os operadores económicos) numa lógica de “concertação negociada” ⁽⁸³²⁾. Neste contexto, a utilização do *soft law* baseia-se na ideia elementar de que o que é desejado é “melhor vivido e melhor seguido” do que o que é imposto ⁽⁸³³⁾.

Quais os motivos que explicam, no entanto, a importância crescente que as manifestações de *soft law* têm vindo a assumir, nos últimos anos, ao nível da regulação de determinados sectores da economia?

Em causa está, essencialmente, a preferência, no contexto das técnicas da neoregulação, a que já nos referimos na Parte II ⁽⁸³⁴⁾, pela adopção de um novo tipo de instrumentos jurídicos, menos autoritários, não vinculativos, que se traduzem em formas de controlo mais *soft*, ou seja, mais *suaves*, algumas vezes negociadas com os

⁽⁸³¹⁾ Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría dos Los Derechos Fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 e segs..

⁽⁸³²⁾ CÉCILE PÉRÈS, “La réception du droit souple par les destinataires”, op. cit., p. 94.

⁽⁸³³⁾ Ibidem.

⁽⁸³⁴⁾ Cfr. capítulo 2.2.2.

destinatários, outras vezes definidas e implementadas pelos próprios, mas nem por isso menos eficazes do que as manifestações tradicionais de *hard law*. O pressuposto de que se parte é, portanto, o de que mediante a cooperação e a existência de fórmulas consensuais se podem vencer resistências, sobretudo dos destinatários das medidas a adoptar, ganhando, sempre que possível, a sua colaboração. Por outro lado, em sectores tecnicamente bastante complexos, como são o sector das comunicações electrónicas ou da energia, só para dar dois exemplos, as fontes de direito tradicionais acabam por revelar-se também pouco ajustadas para conseguir responder, com rapidez, aos constantes avanços tecnológicos e à consequente necessidade de regular juridicamente os mesmos. Neste contexto, as formas de *soft law*, dada a sua maior plasticidade e maior flexibilidade, podem acabar por se revelar mais apropriadas.

O objectivo é, portanto, reduzir ao mínimo indispensável os condicionamentos (em sentido próprio) ao funcionamento livre e natural dos mercados.

A emergência do *soft law* traduz, por conseguinte, um novo começo, uma busca por novas formas, reflexivas, mais dinâmicas, de alcançar valores legais em condições onde os dados de uma ordem jurídica estável e coerente estão a ser constantemente desafiados ⁽⁸³⁵⁾.

O que falta às fórmulas de *soft law* em termos de obrigatoriedade e de aplicação de sanções (e, nessa medida, de imperatividade) pode ser, no entanto, compensado pela sua especificidade técnica. Com efeito, regra geral trata-se de normas que assentam em especiais conhecimentos técnicos (que as mesmas reflectem) ⁽⁸³⁶⁾, o que lhes confere um tipo de legitimidade diferente: a legitimidade do conhecimento técnico.

Assim sendo, as normas de *soft law* não se impõem porque são imperativas (e, em última análise, porque o seu incumprimento é sancionado), mas porque são emitidas por quem possui conhecimentos técnicos específicos que, quem não os possui, se vê impellido a respeitar. Citando ANNE SOPHIE BARTHEZ podemos dizer que nos “*afastamos de uma adesão “de princípio” a normas estaduais clássicas,*

⁽⁸³⁵⁾ Cfr. MARK DAWSON, *Soft Law and the rule of law in the EU: revision or redundancy*, European University Institute Working Papers, Florence, 2009, p. 3.

⁽⁸³⁶⁾ O exemplo mais significativo são as normas técnicas não imperativas ou normalização (cfr., a título de exemplo, o disposto no art. 29.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro que remete para a lista elaborada pela Comissão Europeia e publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, nos termos da Directiva 2002/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, alterada pela Directiva 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, relativa à oferta harmonizada de redes e serviços de comunicações electrónicas e recursos e serviços conexos). Sobre a diferença entre as normas jurídicas e as normas técnicas veja-se, em especial, JOSÉ ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pp. 165 e segs..

aureoladas de verdade, razão e justiça, para nos aproximarmos de uma adesão “adquirida” a normas estaduais novas, aureoladas de expertise, de desenvoltura, flexibilidade e adaptabilidade” ⁽⁸³⁷⁾.

No fundo, a emergência do *soft law* acaba por ser também um sinal da própria crise que atravessa o Direito autoritário, pondo em causa o paradigma jurídico actual de um direito necessariamente obrigatório e sancionador. Deste modo, neste novo contexto ⁽⁸³⁸⁾, “(a) norma opera por “persuasão” e não por “autoritarismo”. A sua legitimidade ganha-se” ⁽⁸³⁹⁾.

Naturalmente que esta legitimidade fundada num especial conhecimento técnico tem falhas, sendo a mais evidente a quebra do elo democrático a que se assiste quando as normas são elaboradas por técnicos, em vez de representantes democraticamente eleitos.

A verdade, porém, é que os próprios modelos de democracia representativa também estão longe de ser perfeitos, sendo, precisamente, uma das suas principais críticas o facto de os legisladores eleitos não só se revelarem impotentes para acompanharem o ritmo a que os avanços tecnológicos se processam no mundo de hoje, como carecerem de preparação técnica que lhes permita compreender essas mesmas alterações de forma a incorporá-las em instrumentos jurídicos.

De qualquer forma, sempre se poderá contrapor a estas críticas que as normas de *soft law* têm uma legitimidade acrescida quando os privados (destinatários) participam na sua aprovação acompanhada ou não pela sua implementação.

2.1.1. Manifestações de *soft law* no Direito Administrativo Português

As manifestações de *soft law* não constituem propriamente uma novidade no Direito Administrativo Português. Com efeito, se atentarmos nas formas de organização interna dos serviços que integram a Administração do Estado encontramos alguns instrumentos de *soft law*, como circulares, instruções e comunicações internas que se destinam, fundamentalmente, a organizar o funcionamento interno daqueles serviços. Não são, no entanto, estas manifestações que nos interessam neste momento.

⁽⁸³⁷⁾ ANNE SOPHIE BARTHEZ, “Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes”, in AAVV, *Le Droit Souple*. Journées nationales. Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 66.

⁽⁸³⁸⁾ Concordamos com CATHERINE THIBIERGE quando refere que o *soft law* não se apresenta, em si mesmo, como um novo paradigma que vem substituir o paradigma do *hard law*, contribuindo antes para o alargamento do paradigma jurídico dominante (cfr. CATHERINE THIBIERGE, “Rapport de synthèse”, op. cit., p. 143).

⁽⁸³⁹⁾ Ibidem.

Com efeito, a principal novidade neste campo ao nível do Direito Administrativo, está relacionada com a existência de instrumentos de *soft law* com efeitos externos, isto é, que produzem efeitos sobre terceiros. A nossa análise centrar-se-á, porém, apenas, no estudo das principais manifestações de *soft law* ao nível da regulação dos serviços de interesse económico geral (comunicações electrónicas, electricidade, gás natural, serviços postais e transportes ferroviários). É, aliás, inegável que grande parte da importância que o fenómeno do *soft law* tem conquistado nos últimos anos, no ordenamento jurídico nacional, se fica a dever à sua utilização na regulação daqueles sectores, em especial, pelas autoridades reguladoras independentes. Na origem dessa utilização encontra-se, por sua vez, e conforme também referimos acima, o Direito da União Europeia, grande impulsionador dos movimentos de liberalização (e indirectamente de privatização) das economias europeias e, por conseguinte, favorável à adopção de instrumentos jurídicos informais e consensuais como forma de atingir mais facilmente aqueles objectivos.

Os instrumentos de *soft law* surgem, assim, neste cenário, como verdadeiros e próprios instrumentos regulatórios ao lado dos tradicionais instrumentos administrativos (regulamento, acto e contrato).

Existe, no entanto, uma grande heterogeneidade das manifestações de *soft law*, seja ao nível dos instrumentos (recomendações, directivas, códigos de conduta, normas de orientação, entre outros), seja ao nível dos seus autores que tanto podem ser públicos (nomeadamente autoridades reguladoras independentes) como privados (em particular, operadores económicos). Neste último caso, os instrumentos de *soft law* surgem sobretudo como uma manifestação de uma forma de auto-regulação. Aliás, as formas de auto-regulação são normalmente *soft law*, uma vez que a adesão às mesmas é, em princípio, meramente voluntária ⁽⁸⁴⁰⁾.

A verdade, porém, é que apesar da sua grande heterogeneidade, as manifestações de *soft law* têm sempre em comum o facto de não serem obrigatórias, limitando-se a sugerir modelos de conduta que constituem normas gerais de comportamento. Estamos, portanto, perante condutas desejáveis, mas não vinculativas; perante um Direito “proposto”, mas não “imposto”.

São várias as classificações possíveis para as diversas manifestações de *soft law* que encontramos nos sectores económicos acima referidos.

Pela nossa parte, optamos, desde logo, por distinguir entre *soft law* público e *soft law* privado. No primeiro caso, o *soft law* é de origem pública (entidades públicas), enquanto no segundo, a fonte são os próprios operadores privados.

⁽⁸⁴⁰⁾ Ao contrário das formas de hetero-regulação pública que são, regra geral, vinculativas.

Em relação ao *soft law* público, para além dos instrumentos que se limitam a produzir efeitos no domínio das relações inter-orgânicas e cuja vocação é a organização interna dos serviços (como as circulares e as instruções, as orientações internas e as cartas de serviço) e daqueles que regulam as relações de superintendência que se estabelecem entre a Administração Directa do Estado e a Administração Indirecta (como as recomendações) existem outros instrumentos, também de origem pública, que produzem efeitos externos, ou seja, que se destinam a regular as relações entre particulares.

São estes últimos que nos interessam em particular, sendo possível distinguir neste caso entre *soft law* adoptado de forma unilateral pelas entidades públicas e *soft law* convencionado entre estas e os seus destinatários ⁽⁸⁴¹⁾.

O *soft law* unilateral pode ter, por sua vez, carácter individual ou carácter geral. No primeiro caso, estamos perante declarações de vontade administrativa dirigidas a sujeitos concretos, enquanto no segundo se trata de declarações com vocação reguladora (gerais e abstractas).

São exemplos dos primeiros as informações e as consultas emitidas a pedido dos operadores sobre assuntos que sejam da competência das autoridades reguladoras independentes ⁽⁸⁴²⁾. As recomendações concretas cujo destinatário se encontra perfeitamente identificado são também um exemplo de *soft law* unilateral de carácter individual ⁽⁸⁴³⁾. Um exemplo deste tipo de recomendações encontra-se previsto no artigo 233.º do regulamento das relações comerciais do sector do gás natural ⁽⁸⁴⁴⁾, nos termos do qual *“sempre que o entenda necessário, a ERSE pode formular recomendações aos operadores de terminal de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL, aos operadores de armazenamento subterrâneo, ao operador da rede de transporte, aos operadores das redes de distribuição, ao comercializador de último recurso grossista, aos comercializadores de último recurso retalhistas e aos comercializadores, no sentido de serem adoptadas acções consideradas adequadas ao cumprimento dos princípios e regras consagrados nos regulamentos cuja aprovação e verificação integram as competências da ERSE, nomeadamente as*

⁽⁸⁴¹⁾ Seguimos, nesta parte, a classificação adoptada por DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., pp. 120 e segs..

⁽⁸⁴²⁾ Cfr. no sector das comunicações electrónicas, o disposto no art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, sobre a competência consultiva do ICP-ANACOM.

⁽⁸⁴³⁾ Cfr. art. 16.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 309/2001, sobre a possibilidade de o ICP-ANACOM recomendar às entidades concessionárias ou licenciadas as providências necessárias à reparação das queixas dos utentes.

⁽⁸⁴⁴⁾ Aprovado pelo Despacho n.º 19624-A/2006, de 25 de Setembro, da ERSE, e alterado pelo Despacho n.º 4 878/2010, de 18 de Março, publicado no suplemento ao Diário da República, 2.ª Série.

relativas à protecção dos direitos dos consumidores”. O mesmo artigo esclarece que estas recomendações não são vinculativas para os operadores e comercializadores visados, ressalvando, no entanto, que *“o não acolhimento das mesmas implica o dever de enviar à ERSE as informações e os elementos que em seu entender justificam a inobservância das recomendações emitidas ou a demonstração das diligências realizadas com vista à actuação recomendada ou ainda, sendo esse o caso, de outras acções que considerem mais adequadas à prossecução do objectivo da recomendação formulada”* ⁽⁸⁴⁵⁾.

As recomendações podem ter igualmente carácter geral ⁽⁸⁴⁶⁾, tal como as instruções e os pareceres ⁽⁸⁴⁷⁾.

Um exemplo dos efeitos jurídicos indirectos que estes instrumentos podem produzir é dado pelos pareceres interpretativos emitidos pela ERSE sobre a aplicação do regulamento das relações comerciais no sector do gás natural. Com efeito, estabelece-se no artigo 232.º, n.º 3 daquele Regulamento que *“as entidades que solicitarem os pareceres não estão obrigadas a seguir as orientações contidas nos mesmos, mas, sempre que aplicável, tal circunstância será levada em consideração no julgamento das petições, queixas ou denúncias, quando estejam em causa matérias abrangidas pelos pareceres”*.

A distinção entre *soft law* (unilateral) de carácter individual e *soft law* (unilateral) de carácter geral não deve, no entanto, confundir-nos. Com efeito, não existem dúvidas de que nos encontramos perante um tipo diferente de instrumentos administrativos, com uma natureza própria (não obrigatória) que se distingue das tradicionais formas da actividade administrativa, em especial dos actos administrativos e dos regulamentos, não sendo vinculativos, nem dotados de força executória.

Uma consequência de quanto se acaba de escrever é, desde logo, o facto de as manifestações de *soft law*, não sendo obrigatórias para os seus destinatários, não serem também impugnáveis judicialmente ⁽⁸⁴⁸⁾.

⁽⁸⁴⁵⁾ Cfr. art. 233.º, n.º 2 do regulamento das relações comerciais (sector do gás natural).

⁽⁸⁴⁶⁾ Cfr. o art. 75.º do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho, em que se prevê que o IMTT, no âmbito da regulação do sector dos transportes ferroviários, pode emitir, para além de instruções vinculativas, recomendações relativas à execução daquele diploma, às quais deverá dar a devida publicidade.

⁽⁸⁴⁷⁾ Cfr. art. 232.º, n.º 1 do regulamento das relações comerciais do sector do gás natural de acordo com o qual *“as entidades que integram o SNGN podem solicitar à ERSE pareceres interpretativos sobre a aplicação do presente regulamento”*, os quais não são vinculativos.

⁽⁸⁴⁸⁾ Cfr. art. 51.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de acordo com o qual *“são impugnáveis os actos administrativos com eficácia externa, especialmente aqueles cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos”*. Ora, só são susceptíveis de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos os actos que produzam efeitos obrigatórios para os seus destinatários, não assim as meras recomendações, informações ou consultas. Vejam-se igualmente os pressupostos da impugnação de normas

Como se escreveu no Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no recurso n.º 1.406/02, com data de 1 de Julho de 2003, “(a) *diferença, do ponto de vista jurídico, entre ordens, directivas e recomendações consiste em que as ordens são comandos concretos, específicos e determinados, que impõem a necessidade de adoptar imediata e completamente uma certa conduta; as directivas são orientações genéricas, que definem imperativamente os objectivos a cumprir pelos seus destinatários, mas que lhes deixam liberdade de decisão quanto aos meios a utilizar e às formas a adoptar para atingir esses objectivos; e as recomendações são conselhos emitidos sem a força de qualquer sanção para a hipótese do não cumprimento. As directivas ou recomendações emitidas pelo Governo podem, pelo seu acatamento, levar a entidade pública alvo, a produzir certo acto administrativo, mas será este acto que definirá a posição da Administração perante o particular.*” Embora o tema central do Acórdão seja o âmbito e extensão das relações institucionais que se estabelecem entre o Estado-administração e as pessoas colectivas que integram a administração indirecta, o mesmo tem interesse pela análise que faz da natureza jurídica das recomendações, ainda que se tratem de recomendações emitidas pelo Governo e dirigidas a uma entidade pública, ou seja, sem efeitos externos. Em todo o caso, não deixa de ser válida, em termos gerais, a análise de que uma recomendação não é um acto administrativo, uma vez que não define a situação individual e concreta de um particular. A isto se pode ainda acrescentar que não tendo a recomendação qualquer efeito vinculativo e sendo, por conseguinte, desprovida de qualquer sanção, sempre será também insusceptível de lesar os direitos ou interesses legalmente protegidos do particular, sendo por isso inimpugnável contenciosamente.

Finalmente, em relação ao *soft law* convencionado entre entidades públicas e os seus destinatários, podem estar em causa, por exemplo, protocolos em que as partes (públicas e privadas) se encontram numa situação de igualdade e que não têm por objectivo directo estabelecer obrigações, mas apenas regular, de forma informal, uma determinada situação. Estamos, em todo caso, ainda perante uma manifestação de *soft law* público.

Depois de termos analisado diversas manifestações de *soft law* público, cuja fonte são entidades públicas, falta referir o *soft law* privado, em que o poder normativo é exercido por entidades privadas (normalmente os operadores económicos), através de delegação pública. Em causa pode estar apenas a adopção de normas de *soft law* ou também a sua respectiva implementação. Um dos exemplos mais ilustrativos deste tipo de *soft law* são os códigos de boa conduta.

(cfr. art. 73.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) que fazem apelo também ao conceito de lesado ou prejudicado pela aplicação da norma.

No sector da energia (electricidade e gás natural) existem várias referências a estes instrumentos, prevendo-se, designadamente, a aprovação pelos operadores das redes e das infra-estruturas de códigos éticos de conduta, que se destinam a garantir a independência dos operadores, sobretudo, quando estão em causa empresas pertencentes a um grupo empresarial que integra outras empresas que desempenham actividades que, por lei, devem estar separadas, pelo menos, funcionalmente (no campo da organização e da tomada de decisões) ⁽⁸⁴⁹⁾.

O regulamento das relações comerciais para o sector do gás natural concretiza, aliás, em relação à actividade de distribuição de gás natural, qual deve ser o objecto destes códigos ⁽⁸⁵⁰⁾. Deste modo, prevê-se que o código de conduta *“deve conter as regras a observar no exercício das actividades do operador da rede de distribuição, incluindo as medidas necessárias para garantir a exclusão de comportamentos discriminatórios e o seu controlo de forma adequada, definindo as obrigações específicas dos funcionários para a prossecução destes objectivos”*, bem como as *“regras a observar pelos responsáveis das actividades dos operadores das redes de distribuição, no que se refere à independência, imparcialidade, isenção e responsabilidade dos seus actos, designadamente no relacionamento entre eles e os responsáveis pela operação das demais infra-estruturas, os produtores, os comercializadores de último recurso, os comercializadores e os clientes”* ⁽⁸⁵¹⁾.

Prevê-se, igualmente, quer no sector eléctrico, quer no sector do gás natural, a aprovação pelos comercializadores de último recurso de códigos de boa conduta que assegurem princípios de independência funcional da gestão ⁽⁸⁵²⁾.

⁽⁸⁴⁹⁾ Cfr., a título de exemplo, o disposto no art. 25.º, n.º 2, al. h) do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro, onde se estabelece que o operador da rede nacional de transporte (sector eléctrico) deve dispor de um código ético de conduta relativo à independência funcional da operação da rede e proceder à sua publicitação.

⁽⁸⁵⁰⁾ Não se percebe, no entanto, qual a razão para não terem sido adoptadas idênticas disposições em relação às restantes actividades do sector para as quais também se prevê a existência de códigos de conduta.

⁽⁸⁵¹⁾ Cfr. art. 41.º, números 2 e 3 do regulamento das relações comerciais para o sector do gás natural.

⁽⁸⁵²⁾ Cfr. o disposto no art. 53.º, n.º 7, al. b) do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, de acordo com o qual *“cada comercializador de último recurso deve dispor de um código de boa conduta que assegure princípios de independência funcional da gestão e proceder à sua publicitação”*. No caso do sector do gás natural, esta previsão apenas se encontra no regulamento das relações comerciais (cfr. artigos 60.º, n.º 2, al. a) e 66.º, n.º 2, al. a)). Em relação aos comercializadores que promovam a venda de energia eléctrica através de contratos celebrados à distância, vendas ao domicílio e equiparados prevê-se ainda a obrigatoriedade de publicarem códigos de conduta que estabeleçam as práticas a utilizar neste tipo de vendas, assegurando o cumprimento dos princípios consagrados na lei (cfr. art. 26.º, n.º 2 do regulamento da qualidade de serviço, aprovado pelo Despacho n.º 5255/2006, da Direcção Geral de Energia e Geologia, publicado no Diário da República, n.º 48, II série, de 8 de Março). Existe uma idêntica

Outro exemplo de *soft law* privado são as normas técnicas elaboradas e aplicadas por entidades privadas, nomeadamente associações privadas que reúnem operadores económicos e outros privados (como instituições universitárias ou de investigação científica). Trata-se de uma forma de hetero-regulação, não vinculativa, que se destina a regular aspectos técnicos do funcionamento de um determinado mercado, a maior parte das vezes em articulação com documentos normativos emanados das organizações europeias e internacionais de normalização. São exemplos de associações com estas competências, entre nós, nomeadamente a CERTIEL – Associação Certificadora de Instalações Eléctricas ⁽⁸⁵³⁾, o Instituto Tecnológico do Gás (ITG) ⁽⁸⁵⁴⁾ e a Associação Portuguesa para a Normalização e Certificação Ferroviária (APNCF).

Também se podem incluir na classificação de *soft law* privado os protocolos celebrados entre os diferentes operadores de mercado, como o “Protocolo de operação/condução” que é um protocolo formal celebrado, por comum acordo, entre o operador da rede de transporte e o operador da rede de distribuição em Alta Tensão e Média Tensão e que estabelece o conjunto de regras para articulação de práticas de operação das redes de transporte e distribuição ⁽⁸⁵⁵⁾.

2.1.2. O *soft law* e o princípio da subsidiariedade

Os instrumentos de *soft law* apesar de todas as suas vantagens são, naturalmente, insuficientes para, por si só, porem em prática uma determinada política ou levarem a cabo a regulação de um determinado sector da economia, isto porque lhes falta, desde logo, o carácter obrigatório. Por isso mesmo, o *soft law* apresenta-se como uma alternativa ou como um complemento das formas de *hard law*, nunca como um substituto das mesmas.

O que acabámos de escrever não põe em causa, porém, a importância das manifestações de *soft law*, principalmente, no contexto das técnicas da neoregulação e da necessidade de encontrar novas formas e novos instrumentos regulatórios (mais flexíveis e com uma maior capacidade de adaptação às novas realidades) que superem as falhas da regulação dos tradicionais serviços públicos. Existem,

disposição para o sector do gás natural (cfr. art. 26.º, n.º 3 do regulamento da qualidade de serviço, aprovado pelo Despacho n.º 19624-A/2006, de 25 de Setembro, da ERSE).

⁽⁸⁵³⁾ Associação privada que tem por objecto, entre outras, actividades relacionadas com a qualidade, segurança, funcionalidade, conforto e economia dos edifícios, no domínio energético.

⁽⁸⁵⁴⁾ Organismo de normalização sectorial, nas áreas de produtos petrolíferos, transporte, armazenagem, distribuição, utilização e contagem de gás.

⁽⁸⁵⁵⁾ Cfr. ponto 2.1.1. do Anexo I ao regulamento da qualidade de serviço (sector eléctrico).

efectivamente, situações em que os tradicionais instrumentos administrativos podem revelar-se insuficientes para prevenir determinadas práticas anti-concorrenciais ou para combater determinados abusos que podem pôr em causa o funcionamento do mercado, prejudicando, em última análise, os consumidores.

Deste modo, a ideia de instrumentos que, não obstante não serem obrigatórios, são aceites pelos seus destinatários, seja pelos especiais conhecimentos técnicos que os mesmos reflectem, seja pela própria participação dos destinatários na sua elaboração surge, assim, como altamente aliciante, encontrando-se, aliás, na linha da renovação a que se tem assistido das fontes de direito tradicionais e que impregna também o moderno Direito Administrativo, no quadro de um modelo de Estado Regulador.

Com efeito, num cenário em que se defende a redução da intervenção directa do Estado, a favor da valorização do mercado e da actuação dos agentes económicos privados, o *soft law* acaba por “(...) *desempenhar um papel que garante uma intervenção mínima do poder público, seja depositando confiança nos operadores de mercado para que estes desenvolvam mecanismos de auto-regulação, ou exercendo meras faculdades de controlo sobre aqueles*” ⁽⁸⁵⁶⁾.

O emprego de instrumentos de *soft law* acaba por ser, assim, uma manifestação do princípio da subsidiariedade, na sua dimensão funcional, a que já nos referimos acima ⁽⁸⁵⁷⁾. *De que forma?*

Por um lado, e em relação aos instrumentos jurídicos de *soft law* elaborados e aprovados por entidades públicas, a preferência por formas jurídicas de regulação de condutas menos impositivas, mais suaves e não obrigatórias, nalguns casos negociadas com os próprios destinatários, traduz o reconhecimento do papel subsidiário do Estado na ordenação dos mercados. Com efeito, isto sucede porque se relega para um segundo plano os instrumentos de *hard law*, tradicionalmente conotados com o poder público estadual, optando-se, em sua alternativa, por um tipo diferente de instrumentos (ainda que públicos).

Por outro lado, em relação às manifestações de *soft law* privado, a sua utilização traduz, pelo contrário, o reconhecimento implícito da sua importância num ambiente de mercado em que se valoriza a busca do equilíbrio pela própria sociedade, de forma voluntária e não coactiva, mantendo o Estado, nestes casos, sempre, porém, um papel de controlador ou supervisor dos agentes privados.

⁽⁸⁵⁶⁾ DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., p. 158.

⁽⁸⁵⁷⁾ Cfr. Parte I, capítulo 3.3.3..

2.2. *Velhos instrumentos administrativos. Preliminar.*

A mudança de paradigma de Estado, de um Estado Social para um Estado Regulador, ao mesmo tempo que implica a institucionalização de novas formas de regulação (auto-regulação e co-regulação) e de um Direito mais flexível e mais “suave” (*soft law*), contribui igualmente para a revitalização das tradicionais formas de exercício da actividade administrativa (regulamento, acto e contrato). Significa isto, portanto, que a regulação dos tradicionais serviços públicos não é feita, apenas, a partir de novos instrumentos jurídicos, continuando os clássicos instrumentos administrativos a marcar o agir administrativo, ainda que agora o façam num panorama económico e social bastante diferente.

A pergunta que se coloca então, neste momento, é a de saber de que forma e em que medida o facto de o Estado passar a ter um novo papel (regulador) modifica aqueles *velhos* instrumentos ⁽⁸⁵⁸⁾.

Com efeito, deixámos de ter um Estado empresário, que intervinha directamente no mercado, como produtor de bens e prestador de serviços, para passar a ter um Estado regulador, cuja tarefa fundamental passa agora por supervisionar e controlar a actividade dos agentes (essencialmente privados) que actuam no mercado e a quem este entregou (de forma total ou apenas parcial) as actividades produtivas ou de prestação de serviços que antes lhe estavam exclusivamente reservadas. Neste novo cenário, as tarefas do Estado acabam necessariamente por modificar-se. Efectivamente, o Estado deixa de intervir directamente no mercado como operador, para passar a assegurar, de forma indirecta, a existência de um mercado concorrencial, prevenindo a existência de monopólios ou, nos casos em que isso não seja possível (por exemplo, nas situações de monopólios naturais), regulando o seu funcionamento, de forma a acautelar a existência de eventuais abusos. Do mesmo modo, compete agora também ao Estado garantir (novamente de forma indirecta) a protecção dos consumidores quanto a preços, qualidade de serviço e igualdade de tratamento, assegurando a regularidade e a continuidade da prestação de serviços económicos essenciais.

Esta mudança de papéis públicos está longe de significar o fim do Estado ou, melhor, o fim do seu papel garantidor da satisfação de necessidades colectivas básicas ⁽⁸⁵⁹⁾. Bem pelo contrário. Verifica-se, no entanto, uma mudança da forma

⁽⁸⁵⁸⁾ De uma forma provocatória optámos no título deste capítulo, e por contraposição ao título do capítulo 2.1 “*Novos instrumentos administrativos*”, por designar estes instrumentos por “*Velhos instrumentos administrativos*”.

⁽⁸⁵⁹⁾ Esta análise foi por nós feita na Parte I desta dissertação para onde remetemos (cfr. capítulo 3.3.).

como esse papel era até aqui desempenhado, o que se fica a dever, em grande parte, ao facto de o papel principal de empresário ter passado a caber a agentes privados, sem qualquer participação pública.

Ora, é neste contexto, e tendo a moderna teoria jurídica da regulação de serviços de interesse económico geral como pano de fundo ⁽⁸⁶⁰⁾, que nos lançamos, nesta Parte III da nossa dissertação, no estudo e análise dos principais instrumentos jurídicos usados para regular estes aspectos, tendo em vista não só a promoção da concorrência, mas também a prossecução de objectivos sociais ligados à satisfação de necessidades colectivas. Esta análise passa, assim, num primeiro momento, e conforme também já referimos acima, pela identificação de quais são esses instrumentos, para, num segundo momento, problematizar de que forma, face às tarefas que se colocam a este novo modelo administrativo de Estado, os mesmos cumprem com aqueles que são os principais objectivos económicos e sociais da regulação.

Deste modo, e depois de termos examinado a natureza, bem como as questões que se colocam a propósito do emprego de *novos* instrumentos jurídicos que correspondem, sobretudo, a manifestações de *soft law*, o nosso objectivo, nos próximos capítulos, é analisar os principais desafios que se colocam a cada um dos *velhos* instrumentos administrativos (regulamento, acto e contrato) no quadro do novo modelo de Estado Regulador. De uma forma preliminar, podemos, porém, deixar já aqui algumas observações que são, de alguma forma, comuns a qualquer um destes instrumentos jurídicos.

A primeira das quais para referir que a análise, à primeira vista, do quadro regulatório de cada um dos sectores económicos essenciais que temos estado a examinar (comunicações electrónicas, energia, transportes ferroviários e serviços postais) parece denotar a ausência de qualquer critério na escolha destes instrumentos como instrumentos regulatórios. Com efeito, qualquer um destes instrumentos (referimo-nos, em concreto, ao contrato de concessão de serviço público, à licença e à autorização) parece ser utilizado, nos vários sectores, de forma indiferente, algumas vezes, inclusivamente, em simultâneo para regular as mesmas actividades ⁽⁸⁶¹⁾.

⁽⁸⁶⁰⁾ Cfr. Parte II desta dissertação.

⁽⁸⁶¹⁾ Veja-se, por exemplo, o caso do sector do gás natural em que o exercício da actividade de distribuição pode ser disciplinado através de licença (distribuição local - cfr. artigos 22.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro) ou de contrato de concessão (distribuição regional - art. 5.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 140/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012). Os serviços postais, por sua vez, são também um bom exemplo de um caso em que se aproveitou o contrato de concessão do serviço postal universal para regular aspectos do serviço público de

A segunda observação que podemos também fazer, desde já, e que se encontra, aliás, ligada à anterior, é a de que modelo de Estado Regulador acabou por introduzir, pelo menos também à primeira vista, alguma *confusão* no enquadramento dogmático-administrativo de alguns instrumentos tradicionais do Direito Administrativo.

Efectivamente, a conclusão a que se chega, mais uma vez após analisar o quadro legal aplicável nos referidos sectores económicos, é a de que os instrumentos regulatórios (como o contrato de concessão, a licença e a autorização) são muitas vezes “escolhidos” em manifesta contradição com os tradicionais critérios de distinção forjados pela doutrina administrativa, por exemplo, os critérios que distinguem entre licenças e autorizações e entre autorizações e contratos de concessão ⁽⁸⁶²⁾.

A “escolha” a que aqui nos referimos é a escolha feita pelo legislador, no âmbito do seu poder de livre conformação, respeitados os limites constitucionais e os princípios jurídicos fundamentais aplicáveis e não a escolha ou opção que os órgãos administrativos podem fazer, desde que permitida por lei, entre formas de actuação administrativa ao abrigo do princípio da liberdade de escolha das formas de actuação administrativa ⁽⁸⁶³⁾.

Deste modo, e desafiando a dogmática administrativa tradicional, deparamo-nos com a utilização de certos instrumentos jurídicos para regular determinadas situações que acabam por pôr em causa a própria natureza jurídica daqueles instrumentos, dando origem, naturalmente, a dúvidas. É o que se passa, por exemplo, quando se opta por regular o exercício de uma determinada actividade (privada) através de um

correios (exercido em regime de monopólio) com outras actividades exercidas em regime de concorrência e que para os restantes operadores necessitam, apenas, de uma licença ou de uma autorização, enquanto para o operador dominante (público) são disciplinadas através de contrato. Por outro lado, enquanto nos sectores do gás natural e da electricidade, o serviço universal é regulado através de licença, nos sectores das comunicações electrónicas, serviços postais e transportes ferroviários existe um contrato de concessão para este efeito. A diferença aqui é que, no primeiro caso, se trata de sectores totalmente liberalizados, enquanto nos casos dos sectores das comunicações electrónicas, dos serviços postais e dos transportes ferroviários algumas das actividades incluídas no âmbito do serviço universal ainda são exercidas em regime de monopólio.

⁽⁸⁶²⁾ Por exemplo, aparentemente, não existe outro motivo que não seja a harmonização de regimes legais entre os sectores do gás natural e da electricidade, para que a actividade de distribuição de electricidade em média tensão e alta tensão que era até 2006 regulada através de licença, passasse, posteriormente àquela data e no âmbito da aprovação do novo quadro legal do sector, a ser disciplinada através de um contrato de concessão (cfr. art. 70.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro).

⁽⁸⁶³⁾ A principal manifestação deste princípio constava do art. 179.º do Código de Procedimento Administrativo, a propósito da autonomia pública contratual da Administração. Este artigo foi, entretanto, revogado pelo art. 14.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos. Veja-se, no entanto, o disposto no art. 278.º do Código dos Contratos Públicos, de acordo com o qual “(n)a prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”.

contrato de concessão de serviço público que pressupõe justamente a natureza pública da actividade a concessionar ⁽⁸⁶⁴⁾. O que acaba, por sua vez, por fomentar outras dúvidas, nomeadamente, neste caso, a questão de saber até que ponto existe uma verdadeira liberalização do mercado, quando certas actividades ainda são “tratadas” como públicas (ou seja, como reservadas à Administração).

Esta observação apesar de poder evidenciar uma falta de cuidado e de rigor jurídico do nosso legislador na definição dos respectivos quadros jurídicos e regulatórios, não deixa de ser igualmente uma chamada de atenção para o facto de que a regulação pode introduzir algumas *distorções* nas figuras tradicionais do Direito Administrativo.

Pela nossa parte, e conscientes deste aspecto, preferimos tratar estas *distorções* como desafios que a moderna teoria da regulação de serviços de interesse económico geral coloca ao Direito Administrativo, em particular aos cânones de acordo com os quais nos habituámos a compreender e a teorizar este ramo de Direito, obrigando, desta forma, a um esforço de reconceptualização desses mesmos cânones.

Deixamos a análise, porém, destes e de outros aspectos que, em nossa opinião, são paradigmáticos das transformações sofridas pelo Direito Administrativo neste contexto, para os próximos capítulos, onde abordaremos, à vez, algumas das questões surgidas a propósito das novas funções da figura do regulamento administrativo, do acto administrativo e do contrato à luz da teoria da regulação.

⁽⁸⁶⁴⁾ Casos, por exemplo, dos contratos de concessão de serviço público celebrados nos sectores do gás natural e da electricidade a propósito das actividades de transporte, distribuição, armazenamento subterrâneo e recepção, armazenamento e regaseificação de GNL.

3. O Regulamento Administrativo à luz da teoria da regulação

Longe vão os tempos em que o poder executivo era visto como um mero poder subordinado, destituído de qualquer autonomia, limitado a executar ou a desenvolver a lei aprovada pelo poder legislativo, único poder ao qual era reconhecida autonomia normativa.

São vários os motivos que explicam a evolução desta concepção inicial. Desde logo, o reconhecimento, com o advento do Estado Social, da impossibilidade de o legislador conseguir prever, bem como antecipar, todas as situações da vida carecidas de regulação. Por outro lado, o constante avanço da ciência e da técnica vieram reclamar igualmente uma intervenção mais expedita, mais flexível e, sobretudo, mais especializada, constantemente adaptada à evolução das circunstâncias, intervenção essa a que os parlamentos foram deixando de conseguir dar resposta com o alargamento das tarefas do Estado Social.

Todos estes motivos acabariam, assim, por pôr em causa a concepção tradicional do poder normativo do executivo como mera concretização ou desenvolvimento do poder legislativo.

Não constitui, portanto, nenhuma novidade afirmar, nos dias de hoje, a existência de uma margem de autonomia da actividade regulamentar da Administração ⁽⁸⁶⁵⁾, reconhecendo-se ao regulamento administrativo a categoria de fonte de direito autónoma em relação à lei.

Muito se avançou, por conseguinte, nesta matéria nos últimos anos, sendo disso um bom exemplo a aprovação pela Administração, para além de regulamentos de execução ou complementares, de regulamentos independentes, aos quais se confere uma capacidade de produção normativa inicial ou primária comparável com a da lei ⁽⁸⁶⁶⁾. Chama-se a atenção, porém, para o facto de a independência dos regulamentos do Governo “(...) *ainda que seja entendida enquanto correspondente à possibilidade de os mesmos incorporarem uma normação primária ou uma normação praeter legem (...), não poderá equivaler a concebê-la enquanto susceptibilidade de disporem contra*

⁽⁸⁶⁵⁾ VITAL MOREIRA refere-se mesmo, a par da reserva de lei, à existência de uma reserva de regulamento autónomo, constitucionalmente garantida entre nós para as autarquias locais e para as universidades, a qual se impõe ao legislador que a não pode eliminar nem sequer consumir, ocupando o seu espaço (VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, op. cit., p. 192).

⁽⁸⁶⁶⁾ Trata-se de regulamentos que os órgãos administrativos elaboram no exercício da sua competência, para assegurar a realização das suas atribuições específicas, sem cuidar de desenvolver ou completar nenhuma lei em especial (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., p. 186). A possibilidade de o Governo emitir estes regulamentos encontra-se consagrada no art. 112.º, n.º 6 da Constituição, disposição que conjugada com as normas do art. 199.º, alíneas c) e g) da Lei Fundamental, permite concluir que este órgão de soberania não se encontra limitado a emitir regulamentos destinados a desenvolver uma lei anterior.

legem ou colocar a norma regulamentar ao mesmo nível hierárquico da norma legislativa”⁽⁸⁶⁷⁾.

De que forma, então, a regulação, e mais concretamente a regulação de serviços de interesse económico geral, pode representar actualmente um desafio para a teoria do regulamento?

Diferentemente do que se passou na transição do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social de Direito - em que a ideia de uma interpretação rígida do princípio de separação de poderes (nos termos da qual o poder normativo cabia única e exclusivamente ao poder legislativo, competindo ao poder executivo, sob pena de violação daquele princípio, a mera execução das leis aprovadas pelo parlamento), teve de ser abandonada por força do aumento extraordinário das tarefas a cargo do Estado que, depressa, puseram a descoberto a incapacidade do poder legislativo para lidar, sozinho, com a sua regulação -, na passagem do Estado Social para o Estado Regulador não é tanto o número ou a quantidade das tarefas estaduais que está por detrás de uma *recapitação* do poder normativo da Administração, mas, fundamentalmente, o reconhecimento, a certas estruturas integrantes do poder administrativo, de uma capacidade técnica e de uma especialização que as coloca numa posição privilegiada para regular, em concreto e mais próximas dos factos, situações que envolvem uma certa complexidade.

O regulamento assume-se, assim, como um importante instrumento regulatório colocado ao serviço não só do Governo e dos órgãos e serviços que compõem a Administração Directa e Indirecta do Estado no exercício das suas funções de regulação, mas, sobretudo, das autoridades reguladoras independentes⁽⁸⁶⁸⁾. E é precisamente nos específicos conhecimentos técnicos das autoridades reguladoras

⁽⁸⁶⁷⁾ LUIS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Regulamentos independentes do Governo”, in AAVV, *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, volume III, JORGE MIRANDA (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 1012.

⁽⁸⁶⁸⁾ Cfr., no sector dos serviços postais, o art. 8.º, n.º 2, al. a) da Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, de acordo com o qual compete ao ICP-ANACOM a elaboração e aprovação dos regulamentos necessários à aplicação do regime estabelecido naquela lei. No mesmo sentido, mas no sector das comunicações electrónicas, o art. 125.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, reconhece a competência do ICP-ANACOM para emitir regulamentos, competência que se encontra, de resto, também prevista no art. 9.º, al. a) do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, que aprova o estatuto daquela autoridade reguladora independente. Por sua vez, no sector da energia, prevê-se no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro (diploma que aprova os estatutos da ERSE), que a ERSE tem competência para a elaboração e aprovação de regulamentos destinados à aplicação da legislação que disciplina a organização e o funcionamento dos sectores que integram o âmbito da regulação da ERSE (cabendo ao Conselho de Administração daquela entidade a aprovação dos referidos regulamentos, de acordo com o disposto no art. 31.º, n.º 2, al. c) do mesmo diploma), estando o âmbito objectivo desses regulamentos concretamente identificado no mesmo art. 9.º.

independentes que, conforme veremos melhor adiante, se fundamenta o seu poder regulamentar.

Neste contexto, colocam-se necessariamente algumas questões a propósito do exercício deste poder normativo pela Administração, nomeadamente considerando a sua relação com o exercício da função legislativa.

Com efeito, a análise da Constituição permite-nos concluir, desde logo, que apesar de existir um primado do poder legislativo na concretização do bem-estar colectivo, em relação ao poder administrativo ⁽⁸⁶⁹⁾, a Administração exerce sempre, pelo menos, uma função de complementaridade da lei na concretização do bem-estar, inclusive perante áreas de competência legislativa reservada à Assembleia da República ⁽⁸⁷⁰⁾. Um dos principais motivos para que isso aconteça fica a dever-se, precisamente, a questões de eficiência, de técnica e de flexibilidade, a que se junta ainda a proximidade aos factos que levam “(...) o legislador a deixar para a Administração um espaço variável de execução das leis, assistindo-se, por tudo isto, a uma tendencial debilitação da densidade reguladora da lei e a uma consequente remissão para os órgãos administrativos de consideráveis margens de concretização e realização do Direito e, deste modo, do Estado de bem-estar” ⁽⁸⁷¹⁾.

E é aqui que se colocam as principais questões à teoria do regulamento, no quadro deste novo modelo de Estado Regulador, as quais podemos resumir da seguinte forma: (3.1.) relação entre autonomia regulamentar e lei, no contexto de uma retracção do princípio da legalidade formal e de uma “entrega” às entidades reguladoras de significativos poderes de produção normativa, (3.2.) admissibilidade de restrições a direitos fundamentais por via regulamentar e (3.3.) enquadramento dos regulamentos administrativos que estabelecem regras de relacionamento entre privados.

⁽⁸⁶⁹⁾ Traduzido, desde logo, na existência de matérias cujo tratamento legislativo (normação primária) se encontra reservado à Assembleia da República (artigos 164.º e 165.º da Constituição). Por outro lado, e no âmbito específico da regulação dos serviços económicos de interesse geral, cuja regulação tem uma componente comunitária muito forte, outra manifestação desta primazia pode ser encontrada no disposto no próprio art. 112.º, n.º 8 da Constituição, de acordo com o qual “a transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional”.

⁽⁸⁷⁰⁾ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, op. cit., pp. 600 e segs..

⁽⁸⁷¹⁾ Idem, p. 603.

3.1. Autonomia regulamentar e lei: o reabrir de uma velha discussão

Em relação à questão da relação entre a autonomia regulamentar e a lei, no quadro do Estado Regulador, estão em causa os poderes “quasi-legislativos” das autoridades reguladoras independentes que, atendendo à sua integração no poder executivo, acabam por desafiar o princípio da separação de poderes (e, em última análise, a própria democracia representativa).

O problema diz respeito à escolha de opções políticas que, em princípio, estariam apenas reservadas ao poder legislativo, na sua qualidade de guardião supremo da soberania popular e de representante máximo da vontade geral, e que no modelo de Estado Regulador são, muitas vezes, e por força das circunstâncias, entregues a autoridades reguladoras independentes (através do seu poder regulamentar).

Com efeito, um dos aspectos que marca a evolução recente do Direito Administrativo traduz-se, precisamente, na confusão que a regulação veio introduzir na delimitação de fronteiras entre a função legislativa e a função administrativa, e que se fica a dever, em grande parte, ao facto de a Administração não se limitar mais, hoje em dia, apenas a dar execução às políticas definidas pelo legislador, assumindo, muitas vezes, um verdadeiro papel criador quer das políticas, quer do Direito que enquadra as mesmas.

São vários os motivos para que isto aconteça e já nos referimos a alguns deles atrás. Efectivamente, para além das questões relacionadas com a complexidade da vida moderna e com a impossibilidade de a lei conseguir antecipar todas as situações do quotidiano carecidas de regulação ⁽⁸⁷²⁾, ademais num contexto que está em constante mudança como são os mercados, assiste-se igualmente a uma manifesta incapacidade do legislador para regular questões técnicas complexas, bem como matérias que envolvem considerações de ordem económica.

Deste modo, o legislador acaba por ser ultrapassado pela Administração e pelos recursos especializados que esta emprega e que lhe permitem regular determinadas áreas técnicas específicas, onde é necessário um conhecimento profundo do mercado. Não é, aliás, expectável, exigir, nos dias de hoje, conhecimentos detalhados da parte do legislador em áreas sujeitas a constante evolução como são os sectores das comunicações electrónicas ou da energia, por exemplo ⁽⁸⁷³⁾.

⁽⁸⁷²⁾ Como justamente referem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “(...) o campo de operatividade por excelência do regulamento começa onde acaba a capacidade de previsão do legislador” (*Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, 2.ª edição, Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 255).

⁽⁸⁷³⁾ Neste sentido, pode ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, que cria o ICP-ANACOM, que “a especificidade técnica do sector das comunicações associada

É, por isso, natural que a Administração, seja por via de execução de leis ou, o que é mais normal, de forma independente e autónoma, acabe por regular estes domínios, sendo, por vezes, difícil distinguir onde acaba o domínio da escolha política e onde começa o domínio da técnica e vice-versa.

Outro motivo para a renovação da importância do poder regulamentar administrativo pode ser também encontrado no facto de a Administração “(...) *não se limita(r) (actualmente) a dar execução a políticas definidas pelo legislador nacional, fruto de um poder democrático típico, mas cada vez mais (executar) políticas europeias e internacionais fundadas em parâmetros técnico-científicos que exigem, para ser efectivas (eficazes), um esforço de interligação e articulação entre Administrações estaduais, aos quais são inerentes momentos de criação e inovação (implementação das políticas) em que a primeira palavra passa a ser da Administração*”⁽⁸⁷⁴⁾.

O desafio para o Direito Administrativo está, portanto, em enquadrar todas estas (novas) actuações normativas - especialmente quando as mesmas revestem um carácter inovador -, dentro dos limites da separação entre o que é legislar e o que é administrar e no respeito pelos princípios da democracia representativa, da separação de poderes e da legalidade.

Não se pense que o desafio é, apenas, no entanto, para o poder administrativo, no sentido de o mesmo dever ser “re-enquadrado”, ainda que num novo contexto económico, social e jurídico, de forma subordinada ao poder legislativo.

Com efeito, da mesma forma que é legítimo questionar até que ponto o poder administrativo pode intervir no âmbito de decisão política, reservado por princípio ao Parlamento (e no nosso sistema constitucional, em certos casos, também ao Governo), também se poderá questionar até que ponto é legítimo que o poder de decisão política intervenha em domínios eminentemente técnicos que, por regra, são objecto de normação administrativa.

Este último aspecto traz ao debate a questão de saber se existe ou não uma reserva de administração, ou seja, se a Constituição reserva ao Executivo a adopção de determinadas decisões, de tal modo que estas estejam protegidas frente a possíveis ingerências de outros poderes ou instâncias, em particular do legislador.

às inovações constantes do mesmo impõem a existência de um amplo espaço para a intervenção ordenadora da autoridade de regulação. Trata-se de um poder normativo que assenta no reconhecimento de que só o ICP — ANACOM, fruto da especialização técnica e do conhecimento acumulado, está preparado para responder de forma rápida e flexível às necessidades e mutações constantes que se produzem no sector, em especial no mercado das telecomunicações”.

⁽⁸⁷⁴⁾ SUZANA TAVARES DA SILVA, Texto da conferência sobre “O princípio (fundamental) da eficiência”, op. cit., p. 13.

Entre nós, NUNO PIÇARRA defendeu já a inexistência, na Constituição, de qualquer reserva geral de Administração, considerando que apenas se detectam específicas competências administrativas reservadas. Pronunciando-se especificamente a propósito do poder normativo da Administração Pública (e em concreto sobre a emissão de regulamentos independentes), o Autor afirma que não há qualquer reserva, podendo a lei versar sobre todas as matérias ⁽⁸⁷⁵⁾, opinião que, de resto, merece a nossa inteira concordância. Não obstante, como refere JORGE REIS NOVAIS, *“não apenas por exigência de racionalidade de funcionamento do Estado de Direito, mas também por razões fácticas de especial aptidão da Administração naqueles domínios relativamente aos outros poderes, devem resultar para o Executivo, em função da densidade da lei, relevantes margens de interpretação, livre decisão e de conformação”* ⁽⁸⁷⁶⁾, ou seja, o legislador deve abster-se de tudo regular, devendo deixar espaço ao Executivo para actuar ainda que apenas em complemento ou execução da lei.

Não é esta, no entanto, a perspectiva do problema que nos ocupa aqui.

Com efeito, o que é importante sublinhar é que a ideia da técnica como algo de “politicamente neutral”, parece ceder passo, neste novo cenário de um Estado Regulador, apoiado em autoridades reguladoras especializadas, com um elevado nível de conhecimentos técnicos e científicos, a uma ideia completamente nova em que a técnica se assume, cada vez mais, como uma verdadeira protagonista no jogo da política ⁽⁸⁷⁷⁾, invadindo áreas que até aqui eram disciplinadas pelo legislador.

O problema coloca-se, sobretudo, a propósito dos regulamentos independentes emitidos pelas autoridades reguladoras, já que no caso dos regulamentos de execução ou complementares, a questão da novidade face à lei se encontra, à partida, afastada ⁽⁸⁷⁸⁾. Com efeito, o grau de subordinação dos regulamentos à lei é

⁽⁸⁷⁵⁾ NUNO PIÇARRA, “A reserva de Administração”, O Direito, ano 122, 1990, III-IV, Julho-Dezembro, p. 600.

⁽⁸⁷⁶⁾ JORGE REIS NOVAIS, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lex, Lisboa, 1997, p. 69.

⁽⁸⁷⁷⁾ Citando JOSÉ ESTEVE PARDO, pode dizer-se que “(...) o técnico no sentido convencional, a partir da autoridade que se auto-atribui por causa dos seus conhecimentos, cada vez mais próprios e específicos, confirma e reforça a sua tendência para a autonomia reivindicando um protagonismo decisivo na regulação jurídica do seu campo de acção” (*Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, op. cit., p. 19).

⁽⁸⁷⁸⁾ Com efeito, enquanto os regulamentos de execução se limitam a integrar lacunas de uma lei previamente aprovada (que regulamentam), os regulamentos complementares, complementam ou desenvolvem uma lei anterior (cfr. AFONSO RORIGUES QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, 1.ª parte, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXVII, números 1-2-3-4, Janeiro-Dezembro 1980, pp. 8 e segs.). Podem existir, no entanto, situações de fronteira, como ressalva SÉRVULO CORREIA, referindo que os regulamentos executivos podem comportar, a par de normas de pormenorização das da lei regulada, normas integrativas que se distinguem por preencherem lacunas verificadas na disciplina estabelecida

praticamente máximo no caso dos regulamentos de execução ou complementares, sendo bastante mais reduzido no caso dos regulamentos independentes.

Ora, o debate na nossa doutrina sobre o carácter inovatório dos regulamentos independentes tem-se centrado, principalmente, em torno da discussão sobre a possibilidade de os regulamentos independentes do Governo se puderem fundar directamente na Constituição ou, antes pelo contrário, carecerem de lei habilitante prévia que defina a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão.

A discussão tem-se centralizado em torno da interpretação do disposto nos artigos 112.º, n.º 7 e 199.º, alíneas c) e g) da Constituição, dividindo-se as opiniões entre a tese do necessário fundamento legal e a tese do directo fundamento constitucional ⁽⁸⁷⁹⁾.

Em abono da primeira tese, invoca-se o disposto no art. 112.º, n.º 7 ⁽⁸⁸⁰⁾, bem como o facto de o Governo ter igualmente, no quadro da Constituição e a par da Assembleia da República, competências legislativas normais ⁽⁸⁸¹⁾. Já os defensores da segunda tese alicerçam os seus argumentos, desde logo, no disposto no artigo 199.º, alínea g) também da Constituição ⁽⁸⁸²⁾, que funcionaria como cláusula geral atributiva de competência objectiva ao Governo, bem como em critérios de eficiência e de simplificação normativa relacionados com a forma mais expedita de elaboração e de aprovação dos regulamentos face à lei.

Deste modo, entendendo-se que o poder regulamentar (independente) do Governo se baseia directamente na Constituição, a margem de liberdade conformadora deste órgão acaba por ser muito maior do que se se defender que é necessária uma lei prévia de autorização, ainda que a mesma se limite a definir a competência subjectiva e objectiva necessária para a emissão do regulamento.

Com efeito, não obstante a existência de uma lei ou decreto-lei habilitante não afastar o carácter materialmente inovatório do regulamento, já que estes diplomas se

pela lei inicial e se situam *“a meio caminho entre as normas características dos regulamentos de execução e as dos regulamentos independentes”* (*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 255). Refira-se também, em sentido oposto, que os próprios regulamentos independentes podem conter (e muitas vezes contêm) normas que são de mera execução da lei, ou seja, sem qualquer carácter inovatório ou primário.

⁽⁸⁷⁹⁾ Para um elenco dos Autores que defendem uma e outra tese veja-se LUIS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Regulamentos independentes do Governo”, op. cit., pp. 1023 e segs.

⁽⁸⁸⁰⁾ Nos termos do qual, *“os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão”*.

⁽⁸⁸¹⁾ Neste sentido, GOMES CANOTILHO refere que *“se o Governo tiver necessidade de criar disciplina normativa autónoma e originária dispõe sempre do instrumento dos decretos-leis”* (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 839).

⁽⁸⁸²⁾ De acordo com este normativo, compete ao Governo, no exercício de funções administrativas, *“praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas”*.

limitam a uma mera indicação da matéria que delimita a competência regulamentar objectiva, sem no entanto submeter aquela a uma primeira disciplina ⁽⁸⁸³⁾, a verdade, porém, é que a exigência de uma lei habilitante faz depender, desde logo, a actuação administrativa de uma iniciativa legislativa prévia e do correspondente processo (moroso) de aprovação legislativa.

De qualquer modo, a possibilidade de outras entidades administrativas, que não o Governo, desenvolverem uma actividade administrativa directamente fundada na Constituição parece estar excluída à partida ⁽⁸⁸⁴⁾, pelo que esta questão (da necessidade ou não de uma prévia lei habilitante) apenas se poderia colocar em relação aos regulamentos independentes aprovados pelo Governo, mas já não em relação aos regulamentos emitidos por autoridades reguladoras independentes.

Em todo o caso, a questão também pareceria estar resolvida logo de início, considerando o facto de a competência regulamentar das autoridades reguladoras independentes se encontrar prevista, na grande maioria dos casos, quer nos seus diplomas estatutários, quer nos próprios diplomas sectoriais que lhes atribuem competência para a emissão de regulamentos, no âmbito das suas competências, tendo em vista a regulação dos sectores em causa. Assim é, pelo menos, nos sectores que temos estado a analisar ⁽⁸⁸⁵⁾.

O que acabámos de escrever não afasta, no entanto, os problemas que se colocam a propósito do exercício do poder regulamentar pelas autoridades reguladoras independentes.

Com efeito, diferentemente do que acontece no caso do Governo, neste caso deparamos com problemas acrescidos de legitimidade, uma vez que os membros daquelas entidades, ao contrário do Governo, não são nomeados tendo em conta resultados eleitorais, mas apenas considerando as suas qualificações profissionais e técnicas. Já nos referimos a estas questões na Parte II quando abordámos o tema da legitimidade democrática das autoridades reguladoras independentes ⁽⁸⁸⁶⁾, pelo que não as iremos repetir aqui.

Efectivamente, neste momento interessa-nos apenas averiguar de que forma o carácter inovador dos regulamentos independentes emitidos pelas autoridades

⁽⁸⁸³⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 232.

⁽⁸⁸⁴⁾ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, op. cit., pp. 612-613.

⁽⁸⁸⁵⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 868.

⁽⁸⁸⁶⁾ Cfr. Parte II, capítulo 3.3.1..

reguladoras independentes conflitua ou desafia o princípio da separação de poderes⁽⁸⁸⁷⁾.

No fundo, está em causa definir, em última análise, os limites, no novo quadro do Estado Regulador e em que as entidades reguladoras dispõem de uma vasta margem de liberdade normativa nas áreas em que exercem as suas atribuições, entre a função legislativa e a função administrativa do Estado.

A verdade é que não obstante a existência de leis habilitantes prévias, mais ou menos específicas, as mesmas se abstêm, na generalidade dos casos, de detalhar o conteúdo dos regulamentos, deixando essa tarefa para as autoridades reguladoras independentes⁽⁸⁸⁸⁾. Na equação acaba, assim, também por entrar o princípio da legalidade que vincula e limita toda a actividade da Administração, inclusivamente a actividade de natureza regulamentar.

3.1.1. Os regulamentos das autoridades reguladoras independentes e a sua relação com a lei

Se atentarmos nos principais regulamentos emitidos pelas autoridades reguladoras nos sectores dos serviços de interesse económico geral⁽⁸⁸⁹⁾ verificamos que os mesmos têm um carácter predominantemente técnico. É o caso, nomeadamente, dos regulamentos de operação das redes e das infra-estruturas nos

⁽⁸⁸⁷⁾ Com feito, estas questões colocam-se com particular saliência no nosso ordenamento jurídico em relação às autoridades reguladoras independentes, mas já não em relação aos regulamentos independentes emitidos pelo Governo, que é, no quadro da actual Constituição, um órgão democrático do poder “(...) *que é nomeado tendo em conta os resultados eleitorais, fica sujeito ao controlo político da Assembleia da República e os seus decretos-leis estão sujeitos à apreciação parlamentar e à promulgação do Presidente da República, bem como, pelo que a este toca, os decretos regulamentares*” (LUIS CABRAL DE MONCADA, “O regulamento independente no Direito Português. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 9.10.2008, P. 371/08”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 77, Setembro/Outubro 2009, p. 26).

⁽⁸⁸⁸⁾ Veja-se por exemplo, no caso do sector da electricidade, o disposto no art. 62.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, conjugado com o art. 67.º, n.º 1, do mesmo diploma, que atribuem competência subjectiva à ERSE para a emissão do regulamento de acesso às redes e às interligações, limitando-se a prever, em relação ao conteúdo do Regulamento, que o mesmo estabelece as condições técnicas e comerciais segundo as quais se processa o acesso às redes de transporte e de distribuição e às interligações. Em termos mais concretos, outro exemplo, ainda neste sector, pode ser dado também pelo disposto no art. 48.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro, que remete para o regulamento das relações comerciais, a aprovar pela ERSE, a concretização das situações em que o fornecimento de electricidade pode ser interrompido. Sobre este aspecto, veja-se também, *infra*, nota de rodapé n.º 895.

⁽⁸⁸⁹⁾ Apesar de no texto apenas analisarmos os regulamentos editados pelas autoridades reguladoras independentes, naturalmente que existem também, nestes sectores, regulamentos emitidos por outras entidades, designadamente pelo Governo.

sectores da electricidade e do gás natural ⁽⁸⁹⁰⁾, dos regulamentos tarifários aprovados pela ERSE nos mesmos sectores (com um cariz marcadamente económico-financeiro) ⁽⁸⁹¹⁾, bem como do regulamento da portabilidade aprovado pelo ICP-ANACOM ⁽⁸⁹²⁾. Mas existem também outros regulamentos com um conteúdo mais jurídico, como os regulamentos das relações comerciais dos sectores da electricidade e do gás natural, que estabelecem as regras de funcionamento das relações comerciais entre os vários intervenientes nos respectivos mercados ⁽⁸⁹³⁾, ou o regulamento de liquidação e cobrança de taxas devidas ao ICP-ANACOM, no âmbito do sector postal, que disciplina matéria de natureza essencialmente fiscal ⁽⁸⁹⁴⁾.

Normalmente, estes regulamentos regulam matérias secundárias, o que vai, aliás, de encontro à concepção tradicional sobre o poder normativo das entidades administrativas. Com efeito, mesmo em relação aos regulamentos independentes, a concepção dominante é a de que não obstante os mesmos configurarem a norma inicial ou primária de uma certa matéria, está em causa o tratamento de uma matéria menos relevante, acessória, já que as matérias mais importantes (ou seja, aquelas que implicam opções políticas primárias) se encontram reservadas à lei.

Existem situações, no entanto, em que em vez de o regulamento tratar matérias secundárias, menos importantes, se assiste, porém, a uma verdadeira “inversão” de papéis. É o que se passa com alguns dos regulamentos emitidos pelas autoridades reguladoras independentes nos sectores dos tradicionais serviços públicos ⁽⁸⁹⁵⁾.

⁽⁸⁹⁰⁾ Cfr., respectivamente, os Despachos n.º 17744-A/2007, de 10 de Agosto, alterado pelo Despacho n.º 18898/2010, de 21 de Dezembro e Despacho n.º 14669-AZ/2007, de 6 de Julho, alterado pelo Despacho n.º 4878/2010, de 18 de Março, da ERSE.

⁽⁸⁹¹⁾ Cfr. Despacho n.º 2/2011, de 27 de Julho (electricidade) e Despacho n.º 19624-A/2006, de 25 de Setembro (gás natural), sucessivamente alterado, ambos da ERSE.

⁽⁸⁹²⁾ Cfr. Regulamento n.º 58/2005, de 18 de Agosto, alterado pelos Regulamentos n.º 87/2009, de 18 de Fevereiro e 302/2009, de 16 de Julho.

⁽⁸⁹³⁾ Cfr. Despacho n.º 18 993-A/2005, de 31 de Agosto, alterado pelo Regulamento n.º 468/2012, publicado no Diário da República, II série, de 12 de Novembro, ambos da ERSE (electricidade) e Despacho n.º 19624-A/2006, de 25 de Setembro, alterado pelo Despacho n.º 4878/2010, de 18 de Março, da ERSE (gás natural).

⁽⁸⁹⁴⁾ Cfr. Regulamento n.º 300/2009, publicado a 15 de Julho.

⁽⁸⁹⁵⁾ Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 67.º do regulamento das relações comerciais do sector da electricidade (Despacho n.º 18 993-A/2005, alterado pelo Regulamento n.º 468/2012 da ERSE) em que se elencam as situações em que o serviço de fornecimento de electricidade pode ser suspenso por facto imputável ao cliente. Com efeito, tirando o motivo previsto na alínea h) do n.º 1 (e que se refere a situações relacionadas com a falta de pagamento do serviço, motivo esse que era já identificado pela Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro (diploma que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais) como justificação para que, reunidas certas condições, o serviço pudesse ser suspenso (cfr. art. 5.º, n.º 2)), todos os outros motivos constituem uma norma primária da autoria da ERSE numa matéria que, em nossa opinião, e tendo em consideração a essencialidade do serviço em causa e as repercussões sociais da decisão de suspensão do fornecimento de electricidade, reveste uma significativa importância para a colectividade.

Com efeito, verifica-se que as matérias objecto dos regulamentos destas entidades nem sempre são verdadeiramente secundárias, acabando as autoridades reguladoras por adoptar, nalguns casos, verdadeiras opções políticas, caminho esse que é, aliás, deixado em aberto pelo próprio legislador, já que as leis habilitantes são cada vez menos leis específicas ⁽⁸⁹⁶⁾.

Um bom exemplo de quanto acabamos de escrever pode ser dado pelo regulamento das relações comerciais do sector do gás natural já citado acima. Com efeito, de acordo com as disposições conjugadas dos artigos 60.º e 63.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na sua versão inicial, competia à ERSE aprovar este regulamento o qual contém, no seu capítulo II, a identificação dos sujeitos intervenientes no relacionamento comercial. Ora, apesar de o Decreto-Lei n.º 140/2006, inicialmente, apenas se referir às figuras do comercializador de último recurso ⁽⁸⁹⁷⁾ e do comercializador (livre) ⁽⁸⁹⁸⁾, a verdade é que a ERSE aproveitou o regulamento das relações comerciais para criar (*ex novo*) uma figura jurídica, o comercializador do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN). De acordo com o artigo 13.º do referido regulamento, o comercializador do SNGN é a entidade “*titular dos contratos de longo prazo e em regime de take or pay celebrados antes da entrada em vigor da Directiva n.º 2003/55/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Junho, nos termos definidos no Decreto-Lei n.º 140/2006*”.

A pergunta que se coloca, perante este caso concreto, é portanto a de saber se a ERSE podia criar, através de regulamento, uma nova figura jurídica (o comercializador do SNGN) não prevista inicialmente no Decreto-Lei n.º 140/2006. Em última instância, e agora em termos mais gerais, trata-se afinal de saber até que ponto o poder normativo (independente) das autoridades reguladoras independentes é um poder ilimitado.

A resposta a esta pergunta deve ser procurada na Constituição. Aqui chegados rapidamente concluímos que não estamos (nem podemos estar) perante um poder ilimitado. Quais são, no entanto, os limites ao poder regulamentar das autoridades reguladoras independentes?

Ora, da Constituição resulta, desde logo, que os regulamentos das autoridades reguladoras independentes se encontram obrigados a respeitar o domínio das

⁽⁸⁹⁶⁾ Sinal evidente da incapacidade do legislador para legislar, ainda que em termos necessariamente sumários e genéricos, matérias que são complexas e que envolvem conhecimentos técnicos e científicos especializados que as assembleias representativas não possuem em definitivo.

⁽⁸⁹⁷⁾ Entidade “*sujeita a obrigações de serviço público, designadamente a obrigação de fornecimento, nas áreas abrangidas pela rede pública de gás natural (RPGN), a todos os clientes que o solicitem*” (cfr. art. 3.º, al. m) do Decreto-Lei n.º 140/2006).

⁽⁸⁹⁸⁾ Entidade “*cuja actividade consiste na compra a grosso e na venda a grosso e a retalho de gás natural*” (cfr. art. 3.º, al. l) do Decreto-Lei n.º 140/2006).

matérias inseridas na reserva de lei da Assembleia da República (absoluta e relativa). Trata-se de matérias que o legislador constitucional considerou, atendendo à sua relevância, que deveriam ter uma primeira normação através de lei do Parlamento (ou, nos casos constitucionalmente autorizados, de decreto-lei do Governo), ou seja, de diploma emanado do órgão representativo da vontade geral.

Estas matérias encontram-se, assim, por princípio, subtraídas à iniciativa regulamentar originária do Governo e, conseqüentemente, também das autoridades reguladoras ⁽⁸⁹⁹⁾. Com efeito, “(a)s autoridades administrativas não podem exercer competências regulamentares em matérias de reserva da lei. O que é proibido ao Governo é também proibido à Administração independente” ⁽⁹⁰⁰⁾.

Para além da reserva parlamentar de lei, há ainda que ter em conta as outras situações constitucionalmente previstas de reserva de competência legislativa. Concretamente a propósito da regulação de sectores como as comunicações electrónicas, a energia, os serviços postais ou os transportes ferroviários, existe uma reserva constitucional de lei (entendida enquanto reserva de acto legislativo) em matéria de transposição das directivas comunitárias sectoriais ⁽⁹⁰¹⁾.

Conforme já tivemos oportunidade de referir várias vezes acima, a regulação destes sectores é hoje fortemente influenciada pelo Direito da União Europeia, o que se fica a dever ao facto de se tratar de sectores considerados essenciais para a construção do mercado único europeu. Percebe-se, por isso, que estamos diante de um núcleo de reserva de lei bastante relevante, uma vez que as grandes linhas em matéria de regulação destes sectores são definidas a nível europeu, constando de directivas comunitárias, as quais são transpostas para o nosso ordenamento jurídico através de actos legislativos.

Fora do âmbito da reserva constitucional de lei é muito difícil, porém, distinguir entre os domínios normativos próprios de actuação do legislador e do administrador ⁽⁹⁰²⁾. A grande dificuldade prende-se, desde logo, com a delimitação de um conceito material de lei (já que o conceito de lei tende a ser delineado apenas pela forma, pelo procedimento e pela força jurídica).

Não obstante, têm-se ensaiado algumas tentativas de definir um âmbito de reserva de lei material, ou seja, de identificar um conjunto de matérias cuja

⁽⁸⁹⁹⁾ O que não quer dizer que não possam ser editados, nestas matérias, regulamentos complementares ou de execução. Sobre a possibilidade de aprovação de regulamentos independentes em matérias incluídas na reserva de competência legislativa, veja-se, *infra*, o que defendemos sobre a possibilidade de adopção de regulamentos em matéria de direitos, liberdades e garantias (cfr. capítulo 3.2.).

⁽⁹⁰⁰⁾ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 845.

⁽⁹⁰¹⁾ Por exigência do disposto no art. 112.º, n.º 8 da Constituição.

⁽⁹⁰²⁾ SÉRVULO CORREIA refere-se a um “*relativismo da fronteira entre a lei e o regulamento*” (*Noções de Direito Administrativo*, Editora Danúbio, Lda., Lisboa, 1982, p. 97).

regulamentação primária caberia à lei. É o caso da teoria da essencialidade construída pela jurisprudência e pela doutrina jus-publicística alemã que procura delimitar o âmbito do princípio da reserva de lei fazendo apelo à essencialidade da matéria. De acordo com esta teoria, as decisões fundamentais, mais importantes para a colectividade, deveriam ser tomadas pelo legislador, “(...) *podendo a Administração agir apenas a título subordinado, com base numa habilitação legislativa e em obediência a uma material disciplina legislativa*” ⁽⁹⁰³⁾.

Esta teoria é alvo, no entanto, de várias críticas. De acordo com EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN “*a hipotética afirmação de que todas as decisões essenciais numa democracia devem ser adoptadas pelo Parlamento não seria conforme ao princípio constitucional da distribuição de funções que se traduz numa série de reservas concretas de lei que a Constituição estabelece de maneira diferenciada*” ⁽⁹⁰⁴⁾.

Trata-se, por outro lado, de uma teoria vaga, fluida, demasiado dependente de uma análise casuística e que acaba por revelar sérias dificuldades de aplicação. Efectivamente, definir o que sejam matérias reservadas à lei parece ser, de acordo com o critério da essencialidade, algo de eminentemente subjectivo e variável consoante as circunstâncias, o tempo, etc. Daí que para alguns Autores, mais do que perante um critério, estejamos perante uma fórmula de ponderação ⁽⁹⁰⁵⁾. Mesmo assim, há quem lhe continue a reconhecer algumas virtualidades, entendendo que “*a alegada fragilidade da teoria pelo facto de ela não nos dar o ratio essencialidade da matéria/intensidade legislativa, de forma exacta, sugerindo apenas uma relação proporcional do tipo “quanto mais importante a matéria, mais densificada a lei”, aparece-nos antes como uma vantagem, coerente com a flexibilidade necessária para analisar estas questões*” ⁽⁹⁰⁶⁾.

Pela nossa parte, entendemos que a delimitação do que cabe ou não na reserva (material) de lei é algo que, à partida, deverá ser sempre historicamente contextualizado. O âmbito da reserva de lei era menor no modelo de Estado Liberal (limitando-se à matéria das restrições aos direitos fundamentais, em particular à liberdade e à propriedade) do que no modelo de Estado Social ⁽⁹⁰⁷⁾, caracterizado pela

⁽⁹⁰³⁾ LUIS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Regulamentos independentes do Governo”, op. cit., p. 1058.

⁽⁹⁰⁴⁾ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoria General del Derecho Administrativo como sistema*, op. cit., p. 203.

⁽⁹⁰⁵⁾ LUIS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Regulamentos independentes do Governo”, op. cit., p. 1059.

⁽⁹⁰⁶⁾ ANA PAULA DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 355.

⁽⁹⁰⁷⁾ LUIS PEDRO PEREIRA COUTINHO fundamenta o âmbito da reserva de lei no modelo de Estado Social de Direito, desde logo, no princípio democrático, o qual exigiria uma habilitação (da vontade geral representada no Parlamento) suficientemente determinante quanto ao

omnipresença do Estado, sendo, hoje, no modelo de Estado Regulador, novamente menor, por causa da expansão a que se assiste dos poderes regulamentares das autoridades administrativas.

Neste sentido, e citando outra vez EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, diremos que *“todas as grandes transformações que incidem sobre a Administração – e que afectem a técnica, a economia, a ciência ou a ordem de valores vigente na sociedade – tiveram o seu reflexo na doutrina da reserva de lei”* ⁽⁹⁰⁸⁾.

Deste modo, atendendo à natureza dinâmica do progresso técnico e científico, que reclama uma maior dose de flexibilidade, a que acresce o papel central que as autoridades reguladoras independentes têm em matéria de conhecimento do mercado dos serviços de interesse económico geral, também ele sujeito a constante evolução, é nosso entendimento que o círculo da reserva de lei (fora da reserva de competência legislativa prevista na Constituição) se encontra hoje mais comprimido, ao contrário do que se passa com o círculo do poder normativo primário da Administração que, de forma inversa, se expandiu.

Esta tese não é posta em causa pelo que dissemos acima a propósito da reserva de lei prevista no artigo 112.º, n.º 8 da Constituição, em matéria de transposição de directivas comunitárias nos sectores dos tradicionais serviços públicos. Com efeito, o âmbito da referida reserva de lei pode acabar por ser reduzido uma vez que a directiva se limita a vincular o legislador do Estado-Membro quanto ao resultado a alcançar, deixando-lhe inteira liberdade quanto à escolha dos meios para alcançar esse resultado, o que, por sua vez, se pode traduzir numa lei de transposição muito ou pouco detalhada e, consequentemente, mais ou menos limitativa do poder regulamentar.

Isto não significa, no entanto, que o poder regulamentar das autoridades reguladoras independentes seja um poder ilimitado. Mesmo fora dos domínios que a Constituição expressamente reserva à função legislativa, a Administração continua vinculada aos princípios gerais de Direito Administrativo, onde se inclui o princípio da legalidade, nas suas vertentes de preferência de lei e de precedência de lei.

conteúdo do subsequente agir administrativo. De acordo com o mesmo Autor, deve também atender-se aos imperativos da tutela da confiança, da previsibilidade, da contenção, da racionalização, do controlo jurisdicional dos actos administrativos e ao princípio da igualdade enquanto justificadores de uma compreensão ampla da reserva de lei (“Regulamentos independentes do Governo”, op. cit., pp. 1048 e segs.).

⁽⁹⁰⁸⁾ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, op. cit., p. 198.

Em relação à preferência de lei ⁽⁹⁰⁹⁾, e regressando ao regulamento das relações comerciais no sector do gás natural, em nossa opinião, na parte em que o mesmo, de forma inovadora, procedeu à criação e tipificação da figura do comercializador do SNGN, figura essa que não se encontrava prevista no Decreto-Lei n.º 140/2006, mais do que ir para além da lei (*praeter legem*), o regulamento foi contra a lei (*contra legem*), o que lhe estava vedado. Com efeito, embora nada impedisse que o regulamento pudesse ir para além da lei, uma vez que não estávamos perante uma matéria de reserva de lei ⁽⁹¹⁰⁾, a partir do momento em que existe uma lei prévia que regula a matéria, este encontra-se obrigado a respeitá-la, o que no caso concreto não se verificou porque tendo o legislador criado apenas dois tipos de comercializador (os que entendeu necessários), a ERSE acabaria por não respeitar essa opção ao criar uma terceira figura, à qual atribuiu um conjunto de direitos e de obrigações ⁽⁹¹¹⁾.

Quanto à precedência de lei, qualquer actuação normativa das autoridades reguladoras independentes, mesmo quando envolva a emissão de regulamentos independentes, depende sempre, conforme referido acima, de uma lei habilitante prévia. A verdade, porém, é que no nosso ordenamento jurídico-constitucional, semelhante lei está longe de constituir um limite à actividade regulamentar daquelas entidades, já que estas leis acabam por ser, na prática, apenas uma mera formalidade. Sobre o conteúdo da lei habilitante, SÉRVULO CORREIA conclui que “(...) a lei ou decreto-lei que confirmam competência objectiva para a emissão de decretos regulamentares independentes não estão vinculados à especificação de princípios, directivas ou critérios que devam presidir à estatuição normativa da disciplina da matéria a que se reportam” ⁽⁹¹²⁾.

⁽⁹⁰⁹⁾ De acordo com a qual a norma legislativa é hierarquicamente superior, invalidando a norma regulamentar que lhe é desconforme.

⁽⁹¹⁰⁾ Eventualmente poder-se-ia questionar aqui se estaríamos perante uma matéria de reserva de lei formal, de acordo com o disposto no art. 112.º, n.º 8 da Constituição, na medida em que a Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece as regras comuns para o mercado interno de gás natural e que foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, trata a figura do comercializador. Não nos parece, no entanto, que esta matéria (tipificação das figuras de comercializador de gás natural) possa ser incluída no âmbito da reserva de lei, precisamente, porque a Directiva deixa uma ampla liberdade de escolha ao legislador em relação a essa tipificação, o que reduz, consequentemente, o âmbito da reserva de lei. Veja-se, aliás, o disposto no art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006, na sua versão original, nos termos do qual este diploma transpunha para a ordem jurídica portuguesa “os princípios” daquela Directiva (sublinhado nosso).

⁽⁹¹¹⁾ Cfr. artigos 56.º e segs. do regulamento das relações comerciais.

⁽⁹¹²⁾ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 247. No mesmo sentido, LUIS S. CABRAL DE MONCADA refere que “o conteúdo da lei habilitante deve ficar ao critério do legislador que o conformará de acordo com a sua vontade ou com as características das matérias a regular. Nada a objectar, portanto, a uma indicação da competência (objectiva) através de objectivos gerais, finalidades genéricas ou directivas” (*Lei e regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 1002-1003).

E isto é assim porque, não obstante o regulamento ser considerado uma fonte de direito secundária, estamos perante um poder normativo próprio da Administração. Diferentemente se passam as coisas, no entanto, no sistema jurídico norte-americano em que o poder normativo das Comissões Reguladoras Independentes é concebido como um poder delegado pelo legislador.

Neste contexto, a questão do conteúdo e da densidade das leis de delegação aprovadas pelo Congresso assume-se como uma questão verdadeiramente central no que concerne aos poderes daquelas comissões e da sua margem de conformação normativa ⁽⁹¹³⁾. A doutrina americana oscila, assim, entre uma posição mais conservadora, apologista de uma interpretação rígida do princípio da separação de poderes, a qual esteve na origem da teoria da não delegação de poderes (*“non delegation doctrine”*) ⁽⁹¹⁴⁾ e uma posição mais flexível, que, de resto, parece ser também a posição actual da jurisprudência dos tribunais superiores americanos, no sentido de admitir uma ampla delegação de poderes normativos nas comissões reguladoras, invocando a sua melhor preparação técnica, sobretudo quando comparadas com o Congresso, para lidar com matérias mais complexas. No entanto, mesmo neste último caso, existem certos limites que têm de ser respeitados, exigindo-se leis de delegação claras e suficientemente detalhadas de forma a apreender a vontade do Congresso e a facilitar, em última instância, o controlo da delegação de poderes normativos pelos Tribunais.

A questão está longe, porém, de ter, entre nós, a importância que tem no sistema constitucional americano.

Com efeito, conforme referido, no nosso ordenamento é reconhecido à Administração um poder normativo próprio, não sendo o mesmo uma delegação do poder legislativo. Em todo o caso, convém estar atento a possíveis fenómenos de deslegalização ⁽⁹¹⁵⁾ - ou seja, à transferência de competências normativas entre o legislador e o executivo -, que embora não sendo proibidos à partida pela nossa

⁽⁹¹³⁾ Sobre esta problemática no sistema americano vejam-se, entre outros, os artigos de JERRY MASHAW, “Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions”, *Journal of Law, Economics & Organization*, volume 1, 1985, pp. 81 e segs. e de CASS SUNSTEIN, “Nondelegation canons”, John M. Olin Law & Economics Working Paper n.º 82, Law School, The University of Chicago, 1999, este último defendendo a existência de um conjunto de matérias (“nondelegation canons”) em relação às quais não seria admissível a delegação de poderes normativos do Congresso nas Comissões Reguladoras Independentes.

⁽⁹¹⁴⁾ Sobre esta teoria veja-se, *supra*, a Parte II, capítulo 4.

⁽⁹¹⁵⁾ De acordo com J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a deslegalização consiste na retracção do domínio da lei, ampliando o espaço aberto a fontes infralegislativas, nomeadamente aos regulamentos” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.ª edição revista, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anotação ao art. 112.º, p. 69).

Constituição, possam vir a pôr em causa, no entanto, a reserva constitucional de lei⁽⁹¹⁶⁾.

Nada impede, portanto, entre nós, a existência de leis habilitantes pouco específicas, vagas ou genéricas, que deixem uma ampla margem de conformação material às entidades administrativas. É preciso, no entanto, que a tendencial quebra do elo democrático e a diminuição de responsabilidade política dos órgãos decisores perante os seus eleitores seja compensada com a garantia da participação pública no procedimento regulamentar⁽⁹¹⁷⁾.

Com efeito, esta participação pública acaba por ser uma forma de legitimação democrática das normas provenientes de órgãos administrativos não representativos, como são as autoridades reguladoras independentes.

Por isso mesmo, já defendemos acima⁽⁹¹⁸⁾ que a legitimidade procedimental substitui, no novo modelo de Estado Regulador, a legitimidade representativa. São vários, aliás, os exemplos de consulta pública dos interessados sobre os projectos de regulamentos a aprovar nos sectores dos serviços económicos de interesse geral⁽⁹¹⁹⁾.

Em rigor, a participação dos interessados no procedimento de elaboração e de aprovação dos regulamentos das entidades reguladoras constitui também uma forma de direito negociado (co-regulação), ao associar entidades públicas e entidades privadas na regulação de determinados aspectos de um sector.

Como sublinha SANTAMARIA PASTOR, *“um Estado que aspira a modificar e a adaptar umas estruturas sociais e económicas extremamente poderosas, é um Estado que, de uma maneira mais ou menos ostensiva ou dissimulada, se vê forçado a acordar previamente o conteúdo das suas próprias normas com os grupos a quem se dirigem, já que este acordo é a melhor garantia de que as mesmas normas serão aceites e respeitadas com um reduzido nível de conflitualidade”*⁽⁹²⁰⁾.

⁽⁹¹⁶⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 289/2004, de 27 de Abril de 2004.

⁽⁹¹⁷⁾ Que acresce ao direito de impugnação de normas administrativas previsto na Constituição (cfr. art. 268.º, n.º 5) e consagrado no Código do Processo nos Tribunais Administrativos (cfr. artigos 72.º e segs.) e que, permite, em última análise, o controlo judicial destes actos normativos.

⁽⁹¹⁸⁾ Cfr. Parte II, capítulo 3.3.1..

⁽⁹¹⁹⁾ Cfr., no sector das comunicações electrónicas e dos serviços postais, o art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/2001, que prevê um prazo de 30 dias para os interessados (entidades concessionárias ou licenciadas, operadores, demais prestadores de serviços registados, bem como associações de consumidores de interesse genérico ou específico na área das comunicações) se pronunciarem previamente à aprovação ou alteração de qualquer regulamento que seja da competência do ICP-ANACOM. Em sentido idêntico se dispõe no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, a propósito da aprovação e alteração de regulamentos editados pela ERSE.

⁽⁹²⁰⁾ JUAN SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, volume I, 2.ª edição, iustel, Madrid, 2009, p. 127. O Autor refere-se apenas às formas de participação que consistem na celebração, mais ou menos formal, de acordos prévios entre o Governo e os

Em conclusão, pode dizer-se que fora do domínio da reserva de lei constitucionalmente fixado, a Administração (onde se incluem as autoridades reguladoras independentes) está autorizada a estabelecer, por via regulamentar, a disciplina jurídica inicial ou primária de um dado sector, a qual não tem de versar necessariamente apenas sobre aspectos secundários, encontrando-se, no entanto, sempre obrigada a respeitar os princípios integrantes do bloco de legalidade.

Qual é, no entanto, o verdadeiro alcance desta afirmação no quadro do novo modelo de Estado Regulador?

A mesma significa, desde logo, um reforço do poder normativo da Administração. Com efeito, não só o regulamento se assume como um instrumento fundamental da actuação administrativa (sobretudo da actuação das autoridades reguladoras independentes) neste novo contexto, como se assiste a uma compressão da reserva de lei (fora, naturalmente, dos domínios constitucionalmente definidos como pertencendo à reserva de competência legislativa) e consequente expansão da autonomia normativa do poder executivo, a qual se fica a dever, em grande parte, à maior preparação técnica e conhecimento do mercado revelado pelas autoridades reguladoras.

Quer isto então dizer que as decisões políticas deixam a esfera da lei (considerada um instrumento político por excelência), passando a ser também possíveis ao nível dos regulamentos administrativos?

Ora, a realidade demonstra, desde logo, que, cada vez mais, a delimitação entre a esfera da política e o domínio da técnica é muito difícil de fazer. Em todo o caso, pode considerar-se que o legislador ao deixar, expressa ou implicitamente, uma área de manobra bastante ampla ao poder regulamentar (abstendo-se propositadamente, ou não, de regular certas matérias) já fez a sua opção política: deixar para a Administração a disciplina primária e inicial de certas matérias.

Neste cenário, a figura do regulamento independente renova-se, assumindo um lugar que é seu por direito.

Com efeito, não faltavam as opiniões daqueles que entendiam, no quadro do Estado Social de Direito que, não obstante o incremento das tarefas do Estado, o recurso pelo Governo a este instrumento jurídico só se justificaria numa situação em que aquele órgão de soberania não dispusesse de *“competência legislativa normal ou só a tivesse a título de excepção e mesmo assim com certas cautelas”* ⁽⁹²¹⁾. Esta é

operadores, mas, em nossa opinião, nada impede que estas mesmas razões justifiquem igualmente a participação dos interessados nos procedimentos regulamentares das autoridades reguladoras independentes, através de audições ou consultas públicas.

⁽⁹²¹⁾ LUIS S. CABRAL DE MONCADA, *Lei e regulamento*, op. cit., p. 1015.

uma questão (duplicação de competências normativas) que, no entanto, não chega a colocar-se no caso das autoridades reguladoras independentes.

Por outro lado, no cenário de um Estado Regulador, com as características que o mesmo tem e que já foram por nós analisadas atrás sob diferentes vertentes, o poder normativo autónomo da Administração torna-se necessário não porque estejamos perante uma Administração intervencionista/omnipotente que tudo quer fazer (como era a Administração no modelo de Estado Social de Direito), mas antes porque a complexidade técnica e a constante evolução económica e social dos domínios e sectores onde a intervenção pública (ainda que indirecta) continua a ser necessária, assim o exigem.

3.2. Regulamento e restrições a direitos, liberdades e garantias

A regulação (enquanto actividade) é, conforme já referimos, uma forma de intervenção indirecta do Estado na actividade económica, que se traduz em orientar, coordenar, controlar, bem como, quando for o caso, limitar ou condicionar a actividade dos diversos agentes económicos (essencialmente privados, mas também públicos) que operam nos mercados de serviços essenciais.

O exercício desta actividade pressupõe a utilização de um vasto leque de instrumentos (jurídicos e económicos) que se destinam, precisamente, a pôr em prática os objectivos delineados pelo Estado no seu papel de regulador.

O regulamento administrativo, enquanto instrumento regulatório por excelência, desempenha um papel fundamental neste contexto, ao estabelecer normas de conduta social que os agentes económicos, os consumidores e a própria Administração Pública devem respeitar tendo em vista a prossecução dos objectivos económicos e sociais assumidos pelo Estado.

Nesta medida e considerando que a regulação é uma actividade, por natureza, “condicionadora”, é natural que os regulamentos (sejam os editados pelas autoridades reguladoras independentes, sejam os emanados de outras entidades administrativas) acabem por produzir, directa ou indirectamente, efeitos jurídicos que contendem com direitos, liberdades e garantias e, de modo especial, com os direitos de iniciativa económica privada e de propriedade ⁽⁹²²⁾.

É o caso, por exemplo, da portaria do Governo no sector do gás natural sobre o modelo de licença de comercialização de último recurso que concretiza os termos do

⁽⁹²²⁾ Os quais são considerados, na sua componente de “*direito de defesa ou autonomia dos particulares perante o Estado*”, direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 17.º da Constituição.

exercício daquela actividade ⁽⁹²³⁾ ou do regulamento, emitido pelo IMTT no sector dos transportes ferroviários, sobre a emissão de certificados de segurança, de cuja titularidade depende o acesso e utilização da infra-estrutura ferroviária ⁽⁹²⁴⁾. Outros exemplos são os regulamentos tarifários editados pela ERSE nos sectores da electricidade e do gás natural (que estabelecem os critérios e os métodos para a formulação de tarifas, designadamente de acesso às redes e às interligações e aos serviços de sistema, bem como as tarifas de venda de electricidade ou de gás natural do comercializador de último recurso) ou o regulamento de liquidação e cobrança de taxas devidas ao ICP-ANACOM, no âmbito do sector postal ⁽⁹²⁵⁾.

Para além, no entanto, destes direitos de conteúdo económico existem também outros direitos fundamentais que podem ser igualmente postos em causa com estes regulamentos. Veja-se o caso referido atrás do regulamento das relações comerciais na electricidade, em particular as disposições sobre as situações em que o serviço de fornecimento de electricidade pode ser interrompido por facto imputável ao cliente, as quais evocam, em última análise, direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à habitação ou o direito à protecção da família ⁽⁹²⁶⁾.

Como compatibilizar, então, esta função condicionadora ou limitadora dos regulamentos no quadro do Estado Regulador com a reserva de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias prevista no artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da Constituição?

A resposta a esta pergunta pressupõe a análise de dois aspectos relacionados com o alcance material da reserva contida na alínea b) do artigo 165.º: por um lado, saber qual a sua extensão, ou seja, definição das matérias que cabem na reserva de competência legislativa prevista naquele normativo; por outro lado, saber qual o grau de densificação exigido às normas legais concretizadoras daquele dispositivo.

Em relação ao primeiro ponto, a doutrina e a jurisprudência constitucionais têm sido unânimes a afirmar que é toda a matéria dos direitos, liberdades e garantias que está incluída na reserva da lei e não apenas, como se poderia pensar tendo por base

⁽⁹²³⁾ Cfr. Portaria n.º 930/2006, de 7 de Setembro.

⁽⁹²⁴⁾ Cfr. Regulamento n.º 443/2010, publicado no Diário da República, II série, de 17 de Maio. Este Regulamento foi aprovado nos termos do disposto nos artigos 66.º- D e 66.º- I do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho.

⁽⁹²⁵⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 894.

⁽⁹²⁶⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 895. Encontramos disposições semelhantes no regulamento das relações comerciais do sector do gás natural (cfr. art. 52.º).

o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, as matérias que impliquem uma restrição àqueles direitos fundamentais ⁽⁹²⁷⁾.

Neste sentido, cite-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/93, de 17 de Fevereiro, de acordo com o qual *“a própria regulamentação (e não apenas a restrição) dos direitos, liberdades e garantias tem de ser feita por lei, ou então com base na lei, mas sempre em termos de aos regulamentos da Administração não poder caber mais do que o estabelecimento de meros pormenores de execução”*.

Conforme decorre, porém, do texto do Acórdão, o facto de se afirmar a existência de uma reserva global em matéria de direitos, liberdades e garantias, não impede a Administração de emitir regulamentos nestes mesmos domínios. Em causa está, no entanto, apenas a aprovação de regulamentos de execução, ou seja, de regulamentos que se limitam a esclarecer e precisar o sentido das leis ou de determinados pormenores necessários à sua boa execução ⁽⁹²⁸⁾. Esta é a posição tradicional que defende igualmente uma densificação mais intensa nas matérias sujeitas a reserva de lei parlamentar.

Posição mais rígida têm, no entanto, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA para quem, em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias, não seria sequer possível a emissão de regulamentos de mera execução, existindo neste campo uma reserva absoluta de lei material ⁽⁹²⁹⁾.

Em sentido diferente, VIEIRA DE ANDRADE mostra-se favorável a uma posição mais ampla sobre a possibilidade de normação administrativa em matéria de direitos, liberdades e garantias, admitindo inclusivamente a possibilidade de emissão de regulamentos independentes. Com efeito, de acordo com este Autor, a reserva de lei da alínea b) do artigo 165.º não só não impede que o legislador autorize *“a intervenção de regulamentos administrativos para complementação em aspectos secundários, de adaptação ou execução do regime legalmente determinado”* ⁽⁹³⁰⁾, como não obsta igualmente *“a que lei possa remeter para normas administrativas a regulamentação de aspectos periféricos ou menores do conteúdo de um direito fundamental, bem como*

⁽⁹²⁷⁾ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, op. cit., p. 327 (anotação ao art. 165.º), SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, op. cit., p. 249, LUIS S. CABRAL DE MONCADA, *Lei e regulamento*, op. cit., p. 1031.

⁽⁹²⁸⁾ Cfr. no mesmo sentido, entre muitos outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 307/88, de 21 de Dezembro.

⁽⁹²⁹⁾ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, op. cit., p. 326 (anotação ao art. 165.º).

⁽⁹³⁰⁾ JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, “Autonomia regulamentar e reserva de lei. Algumas reflexões acerca da admissibilidade de regulamentos das autarquias locais em matéria de direitos, liberdades e garantias”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, Coimbra, 1984, pp. 14-15.

modos de intervenção que não impliquem restrições propriamente ditas e apenas tenham em vista a concretização, delimitação ou promoção dos direitos” ⁽⁹³¹⁾.

Ora, se em relação à possibilidade de emissão de regulamentos de execução ou complementares em matéria de reserva de lei, e concretamente, sobre a matéria dos direitos, liberdades e garantias (inclusivamente em relação a matérias que envolvam restrição a direitos, liberdades e garantias), não nos parece que devam subsistir dúvidas face ao disposto no artigo 199.º, alínea c), da Constituição, que não faz qualquer distinção sobre as leis que o Governo pode regulamentar, já em relação à admissibilidade de regulamentos independentes as dúvidas são, naturalmente, maiores.

Parece-nos, no entanto, que a posição de VIEIRA DE ANDRADE, ao admitir gradações na densidade normativa exigida à lei, é a que se mostra mais coerente, especialmente atenta a vastidão das matérias que fazem parte do campo dos direitos, liberdades e garantias. Com efeito, interpretada à letra aquela reserva de lei, isso significaria que não seria possível a nenhum outro acto normativo (com natureza legislativa ou regulamentar) que não a lei do Parlamento (salvo os casos de autorização ao Governo) regular, a título incidental ou principal, directa ou indirectamente, situações que envolvessem direitos, liberdades e garantias.

Deste modo, a solução que nos parece mais lógica será, portanto, a de admitir a possibilidade de serem emitidos regulamentos independentes mesmo em matéria de direitos, liberdades e garantias. Naturalmente que para o regulamento fica reservado, nestes casos, apenas o tratamento das matérias que não fazem parte do núcleo das escolhas primárias (que devem ser reservadas à normação originária do poder legislativo) e não contendam com o núcleo essencial do direito, limitando-se a uma concretização ou conformação do conteúdo do direito fundamental em relação a aspectos meramente secundários.

Só assim não será, porém, quando estiverem em causa restrições a direitos fundamentais. Com efeito, neste último caso valem as normas do artigo 18.º, números 2 e 3 da Constituição, que prescrevem uma reserva de lei específica, contendo exigências particulares a propósito das leis restritivas de direitos, liberdades e

⁽⁹³¹⁾ Idem, p. 18. Num sentido próximo, veja-se ANA RAQUEL MONIZ para quem “*em matéria de direitos, liberdades e garantias, a emissão de um regulamento por uma entidade reguladora não poderá ser suportada apenas pela norma legal que prevê a competência do órgão executivo para emanar os regulamentos necessários à prossecução das suas atribuições, mas pressupõe a existência de uma “habilitação qualificada”, i.e., de outra(s) norma(s) legal(is) destinadas a balizar materialmente e com uma densidade normativa especialmente acrescida a intervenção normativa do ente público*” (*A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade. Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 432-433).

garantias ⁽⁹³²⁾, pelo que neste caso só serão admissíveis regulamentos de execução ou complementares da lei restritiva.

Nem todas as limitações ou condicionamentos a direitos fundamentais devem, no entanto, ser vistos como restrições para efeitos do disposto no artigo 18.º, devendo distinguir-se as verdadeiras e próprias restrições das situações em que está em causa, apenas, uma mera conformação ou desenvolvimento do conteúdo do direito que possibilite o seu exercício. Com efeito, só estaremos perante uma restrição quando se tratar de uma intervenção ablativa no conteúdo do direito.

Por outro lado, estas limitações ao poder regulamentar administrativo não se aplicam também nas situações em que estejam em causa direitos subjectivos sem consagração constitucional ⁽⁹³³⁾.

Ora, nem todos os regulamentos das entidades reguladoras tratam, exclusivamente ou sequer incidentalmente, de matérias restritivas de direitos, liberdades e garantias. Podem conter também disposições sobre a possibilidade de exercício de direitos, sobre a protecção do meio-ambiente, sobre o ordenamento do território, entre outros aspectos que não fazem necessariamente parte da reserva de lei.

As situações mais frequentes dizem, porém, respeito a casos de regulação dos direitos de iniciativa económica privada (artigo 61.º da Constituição) e de propriedade privada (artigo 62.º da Constituição), o que justifica uma análise mais detalhada do respectivo regime jurídico aplicável nestes casos.

Com efeito, nas situações em que se verificam falhas de mercado (monopólios naturais, externalidades negativas ou assimetrias de informação, para dar apenas alguns exemplos) ou em que se torna necessário proteger determinados valores sociais, como o serviço universal, é normal que a regulação, designadamente através de regulamento, acabe por interferir com estes direitos, estando na origem, muitas vezes, de restrições ao seu conteúdo (ainda que não só). Em muitos casos, essas

⁽⁹³²⁾ De acordo com estes normativos, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem ser expressamente autorizadas pela Constituição, devendo revestir carácter geral e abstracto, não ser retroactivas e respeitar o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

⁽⁹³³⁾ Opinião diferente têm, no entanto, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que, relativamente às restrições a posições jurídicas subjectivas sem assento constitucional, defendem “*para a actuação administrativa intromissiva no âmbito destes direitos uma reserva de lei absolutamente idêntica àquela que vigora para os direitos formalmente constitucionais* (art. 18.º, n.º 2 da Constituição), pois as mesmas exigências do Estado de Direito que impõem esta última justificam, independentemente da *jusfundamentalidade do direito, a primeira*” (*Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, tomo I, 2.ª edição, Dom Quixote, Lisboa, 2006, p. 168). Em nossa opinião, porém, só deverá ser assim, se atentas as circunstâncias concretas, se concluir que se trata de uma matéria que deve fazer parte da reserva material de lei, atenta a sua importância para a colectividade no momento em que é apreciada.

situações têm, no entanto, respaldo em lei anterior, limitando-se os regulamentos apenas a concretizar ou a complementar algum aspecto que não tenha ficado completamente esclarecido na lei.

Os problemas colocam-se, porém, quando os regulamentos inovam face ao disposto na lei. Sem prejuízo de deixarmos aqui algumas notas sobre o assunto, trata-se de uma análise que terá sempre, no entanto, de ser feita caso a caso.

Conforme referimos acima, estamos perante direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias.

Em relação ao direito de iniciativa privada, o mesmo reveste um duplo sentido: por um lado, traduz-se na liberdade de iniciar uma actividade económica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, envolve a liberdade de organização, gestão e actividade da empresa ⁽⁹³⁴⁾.

De acordo com a jurisprudência unânime do Tribunal Constitucional, a liberdade de iniciativa económica privada não é um direito absoluto, exercendo-se nos quadros da Constituição e da lei tendo em conta o interesse geral ⁽⁹³⁵⁾. Por outro lado, é também jurisprudência maioritária daquele Tribunal que é apenas quanto aos “*quadros gerais e aos aspectos garantísticos*” da liberdade de iniciativa económica, que digam respeito à liberdade de iniciar uma empresa e de a gerir sem interferência externa que, por aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, e por revestir a natureza de direito de natureza análoga, existe uma reserva de lei parlamentar ⁽⁹³⁶⁾.

A reserva de lei não abrange, portanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, todas as formas e modalidades específicas de exercício possível da actividade económica. Conforme se escreve no Acórdão n.º 289/2004 do Tribunal Constitucional “*se assim não fosse, destruindo-se a possibilidade de regulamentação da actividade económica a não ser por lei, criar-se-ia uma*

⁽⁹³⁴⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, op. cit., p. 790 (anotação ao art. 61.º).

⁽⁹³⁵⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001, de 2 de Maio.

⁽⁹³⁶⁾ Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 329/99, de 2 de Junho e 289/2004, de 27 de Abril. Em sentido diferente, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem que os direitos constitucionais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias onde quer que estejam sediados na Constituição compartilham seguramente do regime constitucional próprio destes em todos os aspectos materiais desse regime, designadamente do art. 18.º, mas que “*já não é tão seguro que compartilhem também da dimensão orgânica desse regime, ou seja, competência legislativa reservada da AR (art. 165.º)*” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, op. cit., pp. 374-375 (anotação ao art. 17.º)). Posição diferente tem VIEIRA DE ANDRADE que entende que “*(...) a analogia substancial com os direitos, liberdades e garantias justifica que também os direitos abrangidos gozem dos diversos aspectos desse regime, incluindo as garantias da irreversibilidade e da protecção resultante da reserva de lei formal*” (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 187).

permanente necessidade de recurso a bagatelas legislativas, ao arrepio do que é, aliás, a prática corrente do direito português”.

Deste modo, somos da opinião, que uma vez que a lei defina os quadros gerais de exercício daquele direito, a Administração pode, por via regulamentar, e ainda que o faça de forma inovadora, regulamentar aspectos secundários do exercício do direito de iniciativa privada.

Em relação ao direito de propriedade, trata-se também de um direito que não é garantido em termos absolutos pela Constituição. O âmbito do direito de propriedade compreende essencialmente (i) a liberdade de adquirir bens, (ii) a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário, (iii) a liberdade de os transmitir e (iv) o direito de não ser privado deles ⁽⁹³⁷⁾.

Ora, o que dissemos acima sobre o direito de iniciativa económica privada e o âmbito da reserva de lei nesta matéria vale igualmente a propósito deste direito.

Em conclusão, nada impede a existência de regulamentos (inclusivamente independentes) em matéria de direitos, liberdades e garantias. Ponto é que o regulamento não tome para si a tarefa de fazer escolhas primárias sobre aspectos que estão reservados à lei ou que opere restrições a direitos fundamentais, caso em que vale a reserva de lei prevista no artigo 18.º, número 2 da Constituição, a qual se aplica igualmente em relação aos direitos constitucionais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Parece estar, assim, hoje ultrapassada a concepção clássica que via na propriedade (e na liberdade) o núcleo central e incompressível da reserva de lei.

Com efeito, no contexto actual, salvaguardado que esteja o conteúdo essencial dos direitos de iniciativa económica privada e de propriedade, nada impede, em nossa opinião, a Administração de adoptar os regulamentos necessários à ordenação da actividade económica, perfilhando-se uma lógica gradativa da reserva de lei. Entender em sentido diferente significaria, quanto a nós, pôr em causa a própria regulação, enquanto função administrativa que, por natureza, afecta necessariamente (directa ou indirectamente) direitos como a iniciativa económica e a propriedade.

3.3. Regulamentos administrativos e relações entre particulares

Uma outra questão que ganha actualidade no novo modelo de Estado Regulador é a dos regulamentos administrativos que incidem sobre relações entre particulares

⁽⁹³⁷⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, op. cit., p. 802 (anotação ao art. 62.º).

(⁹³⁸). Isto porque, tradicionalmente, os regulamentos administrativos são vistos, fundamentalmente, como um conjunto de normas jurídicas que se destinam a disciplinar, para além da organização interna dos serviços administrativos (ao nível da distribuição de competências entre órgãos, do número de lugares no quadro de um serviço ou mesmo da sua gestão financeira), as relações que se estabelecem entre a Administração Pública e os particulares (nomeadamente, as relações derivadas da prestação de um serviço, da concessão de um subsídio ou da autorização para a realização de uma determinada actividade ou para o exercício de algum direito).

As relações entre sujeitos privados e as regras de conduta que servem para regular as mesmas são consideradas, de acordo com este quadro geral, como estando fora do âmbito de actuação do Direito Administrativo e, pelas mesmas razões, fora também do alcance (objecto) dos regulamentos administrativos (⁹³⁹). A verdade, porém, é que não obstante estarmos perante uma matéria que pertence, por princípio, ao domínio do Direito Privado e da autonomia das partes, tem-se assistido, no novo contexto do Estado Regulador, à sua *publicização*. Vejamos como.

Segundo uma concepção, defendida pela doutrina alemã nos finais do século XIX, os regulamentos deveriam distinguir-se em regulamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) e em regulamentos administrativos (*Verwaltungsverordnungen*). Os primeiros conteriam disposições obrigatórias para todos, enquanto os segundos apenas se aplicariam no interior da Administração. De acordo com esta concepção, somente os regulamentos jurídicos, dada a sua natureza de normas relacionais, conteriam regras de direito, tendo, por conseguinte, carácter jurídico, limitando-se os regulamentos administrativos a incorporar disposições administrativas gerais (⁹⁴⁰).

Esta concepção foi, entretanto, abandonada, entendendo-se hoje que todos os regulamentos administrativos, independentemente de produzirem efeitos externos ou internos à Administração e de conterem, ou não, normas relacionais, são normas jurídicas.

(⁹³⁸) Trata-se de uma questão que não é, no entanto, nova na doutrina portuguesa. Com efeito, já no início dos anos oitenta do século passado, SÉRVULO CORREIA afirmava que não existia um “*critério de repartição entre matéria legal e matéria regulamentar que retire do âmbito desta última a regulação das relações entre particulares, confinando-a ao campo exclusivo das relações entre particulares e a Administração*” (*Noções de Direito Administrativo*, op. cit., p. 109).

(⁹³⁹) Admitem-se, no entanto, algumas excepções, nomeadamente quando estão envolvidas entidades privadas com funções públicas, as quais gozam de um estatuto semelhante ao das pessoas colectivas públicas que fazem parte da Administração Pública. Neste sentido, as relações que se estabelecem, por exemplo, entre o concessionário e o utente de um serviço público são, regra geral, consideradas como devendo ser disciplinadas pelo Direito Administrativo.

(⁹⁴⁰) Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, tradução de Michel Fromont, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1969, pp. 217 e segs.; AFONSO RORIGUES QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, op. cit., p. 6.

Embora não adoptando um estrito critério de eficácia jurídica, existem, no entanto, alguns Autores que distinguem os regulamentos administrativos (de origem pública) consoante os seus destinatários sejam instâncias da Administração Pública responsáveis pelo desempenho de funções públicas ou os cidadãos em geral ou os regulados de um determinado sector, para a regulamentação das relações entre si. No primeiro caso, estamos perante regulamentos administrativos de direito administrativo, enquanto no segundo se trata de regulamentos administrativos de direito privado ⁽⁹⁴¹⁾. *“A ordenação dos regulamentos administrativos no direito privado ou no direito administrativo funda-se, pois, numa concepção do direito (público) administrativo segundo um critério estatutário – de acordo com este critério (...), são administrativas as normas que se dirigem a entidades públicas (ou entidades privadas com funções públicas), enquanto titulares de funções públicas”* ⁽⁹⁴²⁾.

Não concordamos, porém, com esta distinção. Com efeito, em nossa opinião, a classificação de um regulamento como sendo de direito público ou de direito privado não deve depender (pelo menos, exclusivamente) da natureza jurídica dos seus destinatários. Efectivamente, de acordo com o nosso entendimento, quer os regulamentos administrativos que têm como destinatários os cidadãos em geral, quer os regulamentos que regulam as relações entre regulados devem ser considerados, para todos os efeitos, também regulamentos de direito (público) administrativo sempre que for ainda o interesse público (no sentido de interesse comum a uma determinada colectividade) a determinar a aprovação destas normas ⁽⁹⁴³⁾.

Em última análise, desafiam-se, portanto, com esta questão, quer os critérios tradicionais de definição do Direito Administrativo, quer a própria distinção entre Direito Público e Direito Privado (dois aspectos que não são mais, aliás, do que duas faces da mesma moeda).

Basta analisar, aliás, alguns regulamentos emitidos por autoridades reguladoras independentes para encontrar exemplos de regulamentos administrativos que não se limitam a regular as relações entre a Administração e os particulares, indo ao ponto de disciplinar as relações entre sujeitos privados.

⁽⁹⁴¹⁾ PEDRO GONÇALVES, “Regulação administrativa e contrato”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 993-994 (nota de rodapé n.º 24).

⁽⁹⁴²⁾ Ibidem.

⁽⁹⁴³⁾ De qualquer forma, e independentemente de se defender que estamos perante regulamentos administrativos de direito público ou de direito privado, para efeitos da sua impugnação sempre seriam competentes os Tribunais Administrativos, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Com efeito, de acordo com esta norma compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objecto a fiscalização da legalidade das normas emanadas de pessoas colectivas públicas ao abrigo de normas de direito administrativo ou fiscal.

Um exemplo flagrante é dado pelos regulamentos das relações comerciais nos sectores do gás natural e da electricidade ⁽⁹⁴⁴⁾, os quais contêm regras de relacionamento comercial aplicáveis aos operadores das infra-estruturas, comercializadores, comercializadores de último recurso, bem como regras de relacionamento comercial dos comercializadores e comercializadores de último recurso com os seus respectivos clientes. É o caso, designadamente, das regras que obrigam os operadores das infra-estruturas a não discriminar ou a tratar de forma diferente os seus clientes (e cuja aprovação se justifica pelo facto de as redes serem monopólios naturais) ou das regras que obrigam aqueles mesmos sujeitos a partilhar as informações necessárias à gestão das interligações (e que se destinam, por sua vez, a obviar às situações de assimetria de informações entre operadores).

Ainda nos sectores da electricidade e do gás natural, outro bom exemplo são os regulamentos de acesso às infra-estruturas ou às redes ⁽⁹⁴⁵⁾ que estabelecem as condições a integrar nos contratos de uso de redes e de infra-estruturas a celebrar entre os diversos operadores (condições essas que visam, igualmente, salvaguardar a concorrência e evitar a existência de abusos ou de discriminações em função da existência de um monopólio natural).

Estes exemplos de regulamentos administrativos que incidem sobre relações entre particulares e sobre matérias que tradicionalmente seriam deixadas à autonomia dos sujeitos privados são, quanto a nós, só por si, suficientemente esclarecedores do papel reservado ao Direito Administrativo neste novo modelo de Estado Regulador.

Com efeito, para além de disciplinarem as relações internas à própria Administração ou as relações desta com os particulares, os regulamentos administrativos aparecem a regular, cada vez mais, relações entre particulares. Não são, no entanto, quaisquer relações privadas que são objecto destes regulamentos. Em causa estão relações que tornam necessária a protecção de certos valores económicos (como a promoção da concorrência), bem como de certos valores sociais (como a segurança do fornecimento, o estabelecimento de um serviço universal ou mesmo a protecção do meio-ambiente) e que ao Estado incumbe salvaguardar, o que o leva, justamente, a interferir em matérias que, à partida, deveriam ser deixadas à autonomia das partes.

Deste modo, e em relação ao conceito de Direito Administrativo, este apresenta-se, agora, fundamentalmente, como um Direito material (identificado com a

⁽⁹⁴⁴⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 893.

⁽⁹⁴⁵⁾ Cfr. Regulamento n.º 496/2011, publicado no Diário da República, II série, de 19 de Agosto (electricidade) e Regulamento n.º 4878/2010, publicado no Diário da República, II série, de 18 de Março (gás natural), ambos aprovados pela ERSE.

prossecução do interesse público), em vez de um Direito estatutário (Direito da Administração Pública) ⁽⁹⁴⁶⁾.

É caso para dizer que a regulação exhibe o Direito Administrativo definitivamente como o *direito comum da satisfação de necessidades colectivas*, abstraindo da natureza jurídica (pública ou privada) dos sujeitos envolvidos.

Não se trata já, no entanto, de regular apenas a actuação dos sujeitos jurídicos que exerçam a função administrativa (concepção tradicional), mas igualmente de regular a actuação de todo e qualquer sujeito jurídico, quando e na medida em que a mesma *interfira* com o exercício da função administrativa, ou seja, com a prossecução do interesse público ⁽⁹⁴⁷⁾.

Ao mesmo tempo, porém, e em relação à distinção entre Direito Público e Direito Privado, é precisamente porque o conceito de regulação conjuga o livre jogo da concorrência com outros imperativos públicos, tais como o bom funcionamento dos serviços públicos, a protecção do ambiente, a coesão social e territorial, que a regulação tende também a fazer desaparecer as fronteiras entre Direito Privado e Direito Público ⁽⁹⁴⁸⁾, pondo a descoberto novos exemplos de *publicização* do Direito Privado.

Assiste-se, assim, a uma “invasão”, pelo Direito Administrativo, de áreas próprias do Direito Privado (e da autonomia das partes). Aliás, disso mesmo é testemunha a própria aplicação de princípios de Direito Administrativo à actuação de meros privados, que desempenham actividades privadas, e que é uma das consequências da regulação de serviços de interesse económico geral.

Esta “invasão” acaba, deste modo, por contrariar, em certa medida, quer as teses que vêm no fenómeno de *fuga para o Direito Privado* ⁽⁹⁴⁹⁾ uma forma generalizada de “submissão” do Direito Público ao Direito Privado, quer a ideia de que, com a liberalização e privatização das economias, o Direito Privado tende a ocupar lugares que antes pertenciam ao Direito Público.

⁽⁹⁴⁶⁾ Citem-se, aliás, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, de acordo com os quais, “(...) o direito administrativo, designadamente quando tenha por objecto a actuação de particulares não incumbidos do exercício da função administrativa, mas que com ela se interseccione, assume um âmbito regulatório que ultrapassa em muito o da mera definição do estatuto da administração pública” (*Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, tomo I, op. cit., p. 53).

⁽⁹⁴⁷⁾ Ibidem.

⁽⁹⁴⁸⁾ Cfr. MARTINE LOMBARD, “La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en Droit français”, in AAVV, *The Public Law/ Private Law Divide. Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, MARK FREEDLAND/JEAN-BERNARD AUBY (editores), Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 83.

⁽⁹⁴⁹⁾ Sobre as origens, bem como os motivos que se encontram por detrás deste fenómeno bem conhecido da doutrina jus-administrativa remete-se, novamente, para a dissertação de doutoramento de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, op. cit..

Significa isto que a velha distinção entre Direito Público e Direito Privado desapareceu?

Não. Significa apenas que a mesma se tornou menos evidente no modelo de Estado Regulador, em que se verifica uma publicização de áreas próprias do Direito Privado.

Deste modo, e ao contrário do que se poderia esperar num cenário de revitalização do mercado e do papel dos privados, não é o Direito Privado que invade a esfera tradicional de actuação do Direito Público, mas o Direito Público que estende a sua influência a domínios que, por tradição, pertenceriam ao campo do Direito Privado.

4. O Acto Administrativo à luz da teoria da regulação

Durante muito tempo, o acto administrativo foi considerado o conceito central (para não dizer único) do Direito Administrativo dos sistemas de matriz franco-germânica.

O conceito nasce com o Estado Liberal, assumindo aí uma natureza claramente autoritária, tributária de um modelo de Administração que é vista como agressiva dos direitos dos particulares. Esta concepção originária viria a ser, no entanto, posta em causa com o advento do Estado Social, altura em que se diversificam também as formas de actuação da Administração Pública e em que o acto administrativo deixa de ser a única forma de relacionamento da Administração com os particulares. Perante um novo modelo de Administração Pública (Administração prestadora e mais tarde infra-estrutural), que substitui a Administração agressiva do Estado Liberal, o acto administrativo acabaria por sofrer uma profunda transformação. *“Agora, o acto administrativo já não tem apenas por missão determinar autoritariamente o direito aplicável ao particular, mas também (e em certos domínios, sobretudo) a prossecução de interesses públicos através da satisfação de interesses dos privados, a quem presta bens ou serviços”* ⁽⁹⁵⁰⁾.

Até aqui, porém, nada de novo. Efectivamente, como já sublinhámos atrás, o modelo de Administração Pública (não só o seu desenho orgânico mas, sobretudo, as suas formas de agir) são inevitavelmente condicionadas pelo modelo de Estado vigente em cada época, o que está na origem, por sua vez, do aparecimento de “diferentes” Direitos Administrativos. E porque assim é, a teoria do acto administrativo não pode ficar também incólume ao novo modelo de Estado Regulador.

Se *“(...) o Estado liberal, com a sua noção de Administração agressiva, trouxe consigo um modelo de acto administrativo desfavorável ou autoritário; tal como o Estado social, com o surgimento da Administração prestadora, implicou a criação da figura do acto administrativo favorável; e o Estado pós-social, com a aparição da Administração conformadora ou de infra-estruturas, fez surgir o acto administrativo multilateral ou de “eficácia em relação a terceiros”*” ⁽⁹⁵¹⁾ é caso então para perguntar quais são as principais transformações ou quais são os principais desafios que o modelo de Estado Regulador coloca à figura do acto administrativo?

Com efeito, num contexto de liberalização e de privatização de serviços públicos essenciais, em que o Estado passa a actuar “apenas” como regulador do mercado, supervisionando a actuação dos agentes económicos (sobretudo privados), tendo em

⁽⁹⁵⁰⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., pp. 99-100.

⁽⁹⁵¹⁾ Idem, p. 445.

vista não só a promoção da concorrência, mas também o cumprimento de certos valores sociais pelos operadores económicos, as *velhas* formas de actuação da Administração Pública, como o acto administrativo, acabam inevitavelmente por sofrer também uma metamorfose interna e externa.

Mudam-se as suas funções e transforma-se o seu papel, ao mesmo tempo que se altera também a sua importância no quadro das formas de agir públicas.

Neste novo cenário, o acto administrativo assume um papel central enquanto forma de controlo público, quer em relação ao acesso ao mercado pela parte dos agentes económicos, quer em relação à forma de exercício das actividades (que implicam o fornecimento de bens ou a prestação de serviços de interesse geral) e que até aqui eram prestadas, quase exclusivamente, por entidades públicas.

A figura do acto administrativo surge, assim, não só funcionalmente apta à atribuição ou ao reconhecimento de direitos aos particulares (caso das licenças para o exercício de uma determinada actividade) mas, e este é que é o aspecto, em nossa opinião, fundamental, simultaneamente, como um instrumento de realização do interesse público. *Como?* Assegurando-se, ao praticar um determinado acto administrativo, que um privado tem condições para prestar uma actividade de interesse colectivo e que o fará de acordo com certos parâmetros e respeitando certos deveres fixados pela entidade pública.

Generalizam-se, assim, os actos administrativos autorizativos (como as autorizações em sentido estrito e as licenças) ⁽⁹⁵²⁾, alguns deles contendo cláusulas acessórias (especialmente impondo encargos ou deveres).

Estes actos administrativos distinguem-se, no entanto, dos tradicionais actos permissivos ⁽⁹⁵³⁾, já que neles sobressai agora, de forma particular, ao lado da vertente de benefício particular, traduzida na atribuição de um direito ou na permissão de exercício de um direito, igualmente a vertente da responsabilidade pública de garantia que deriva do facto de estarmos perante uma actividade de interesse público (como são as actividades de prestação de serviços de comunicações electrónicas, de fornecimento de electricidade ou de gás natural, de transporte ferroviário ou de prestação de serviços postais). Ou seja, o acto não se limita a atribuir um direito ou a

⁽⁹⁵²⁾ Vejam-se, entre muitos outros, a autorização geral para a prestação de serviços postais não abrangidos no âmbito do serviço universal (cfr. art. 24.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril), bem como a licença de acesso à actividade de prestação de serviços de transporte ferroviário (cfr. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho).

⁽⁹⁵³⁾ De acordo com FREITAS DO AMARAL os actos permissivos são *“aqueles que possibilitam a alguém a adopção de uma conduta ou a omissão de um comportamento que de outro modo lhe estariam vedados”*, neles se incluindo as autorizações, as licenças e as concessões (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., pp. 287 e segs.).

autorizar o exercício de um direito pré-existente, mas vai mais longe, garantindo que esse direito é exercido de uma determinada forma, com respeito por determinados valores que ao Estado compete assegurar (ainda que indirectamente).

Isto é evidente, por exemplo, na figura da licença de distribuição de gás natural, a qual é expressamente qualificada pela legislação como sendo uma licença de serviço público ⁽⁹⁵⁴⁾.

Trata-se de uma licença que é exercida, em exclusivo, em zonas do território nacional não abrangidas pelas concessões de distribuição regional de gás natural.

Conforme se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 65/2008, de 9 de Abril *“trata-se, assim, de uma licença de distribuição local de gás natural que visa o desenvolvimento económico das regiões interiores do País, tentando colocá-las na mesma situação das regiões do litoral, mais populosas e atravessadas pela rede de gasodutos de transporte de gás natural, disponibilizando um vector energético competitivo, seguro e mais limpo do ponto de vista da protecção ambiental”*.

Deste modo, a actividade contemplada por estas licenças de distribuição local é exercida em regime de serviço público como forma de garantir aos clientes a qualidade do serviço, a estabilidade do fornecimento e a regulação tarifária.

Estas as novas funções do acto administrativo no modelo de Estado Regulador que fazem com o que mesmo surja agora, fundamentalmente, como um acto de controlo da actividade dos particulares e, indirectamente, como um título de intervenção administrativa na economia. Se o Estado já não exerce directamente a actividade tem de garantir, pelo menos, que aqueles que agora são responsáveis pela sua execução o fazem com respeito por determinados valores económicos e sociais.

Este controlo não se destina, no entanto, apenas a acautelar a compatibilidade entre o exercício de um direito privado e a prossecução do interesse público (o que é típico da figura geral da autorização). Efectivamente, o controlo a que aqui nos referimos destina-se, fundamentalmente, a assegurar que o particular, não obstante o seu interesse privado no exercício do(s) seu(s) direito(s), prossegue também o interesse público.

Deste modo, o acto é atribuído não porque não põe em causa o interesse público ou é com ele compatível, mas antes porque contribui para a realização do interesse público. Neste contexto, o particular torna-se, ele próprio, executor do interesse público, ao lado da Administração.

Ora, perante este novo modelo de acto administrativo e atento o referido contexto de liberalização e de privatização será legítimo perguntar se estamos, de

⁽⁹⁵⁴⁾ Cfr. art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

alguma forma, perante um regresso ao modelo do acto administrativo autoritário, fiscalizador, limitador do exercício de direitos, próprio do Estado Liberal.

A resposta terá de ser, naturalmente, negativa.

Com efeito, não obstante a marcada vertente fiscalizadora ou controladora que é inerente a este novo conceito de acto administrativo, o mesmo integra igualmente uma dimensão importante enquanto acto regulador do exercício de direitos (do particular) sendo, nessa medida, simultaneamente um acto favorável. Efectivamente, longe vão os tempos em que direitos como a iniciativa privada ou o direito de propriedade eram considerados direitos absolutos, pelo que qualquer limitação aos mesmos era encarada como sendo uma intromissão intolerável na esfera do seu titular. Hoje, mais do que nunca, em virtude das transformações políticas, económicas e sociais trazidas pelo novo modelo de Estado Regulador, estes direitos são vistos, quando esteja em causa o exercício de actividades privadas de interesse público, como estando ao serviço do interesse público e, portanto, sujeitos a um “controlo” público, do qual depende a sua atribuição ou o seu reconhecimento, com os matizes que já referimos atrás.

O tipo e a forma do controlo público não são, no entanto, necessariamente, sempre os mesmos, podendo variar consoante estejamos perante actividades ainda exercidas em regime de monopólio ou já integralmente abertas à concorrência. Aliás, a necessidade de eliminar obstáculos supérfluos ao funcionamento do mercado, nomeadamente através da simplificação administrativa dos procedimentos de atribuição de actos administrativos quando estejam em causa actividades exercidas em regime de mercado, levou mesmo ao aparecimento de um novo tipo de controlos públicos, mais ágeis, mais flexíveis e menos intrusivos, os quais se encontram na origem de um novo tipo de actos jurídicos. Caso dos actos de autorização geral para a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas ⁽⁹⁵⁵⁾ ou dos actos de registo prévio a que passaram a estar sujeitas as actividades de comercialização de gás natural e de electricidade, em substituição das licenças anteriormente previstas para o exercício daquelas actividades ⁽⁹⁵⁶⁾.

São, assim, vários os desafios que se colocam actualmente àquela que é comumente considerada a forma jurídica mais típica de actuação da Administração Pública. Neste capítulo, porém, e à semelhança do que fizemos no capítulo anterior a propósito do regulamento administrativo, analisaremos apenas as questões

⁽⁹⁵⁵⁾ Cfr. art. 19.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

⁽⁹⁵⁶⁾ Cfr. art. 37.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro e art. 42.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro.

relacionadas com as transformações do acto administrativo que se mostram, em nossa opinião, mais importantes do ponto de vista da mudança de paradigma de Estado.

Assim sendo, a nossa análise focar-se-á, essencialmente, no (4.1) estudo das implicações que resultam para a teoria do acto administrativo da liberalização e da privatização de actividades até há bem pouco tempo reservadas ao Estado, bem como no (4.2) exame de algumas questões relacionadas com a modificação de actos administrativos, num contexto de mercado sujeito, por natureza, a constantes alterações, muitas quais nos são impostas a partir do exterior, nomeadamente via União Europeia.

4.1. Os novos actos administrativos de controlo

A regulação (enquanto instrumento) não se traduz apenas na aprovação de normas (leis ou regulamentos). Com efeito, de acordo com o conceito de regulação que adoptamos e que temos vindo a enfatizar, a regulação é uma forma de intervenção indirecta do Estado na economia, designadamente em mercados de interesse geral, que visa a prossecução de objectivos económicos (como a promoção da concorrência), bem como de objectivos sociais (como a existência de um serviço universal), servindo-se para tal de vários instrumentos jurídicos, entre os quais, o acto administrativo.

Deste modo, atentos os referidos objectivos, no novo contexto do Estado Regulador, e conforme referimos já também no capítulo anterior, o acto administrativo desempenha uma função essencialmente de controlo, quer em relação ao acesso, quer em relação ao exercício de determinadas actividades económicas. Em causa estão actividades de interesse público em relação às quais o Estado tem uma responsabilidade de garantia, ou seja, compete-lhe assegurar não só que as mesmas são prestadas (ainda que agora os prestadores sejam empresas privadas), mas também que o são de acordo com determinados parâmetros de concorrência, qualidade, regularidade e segurança, de forma a proteger os interesses dos respectivos consumidores.

A grande diferença está, no entanto, no facto de que, enquanto até há bem pouco tempo atrás, estas actividades eram consideradas públicas e, como tal, reservadas às entidades públicas que as deviam prestar directamente ou, excepcionalmente, permitir a sua prestação por terceiros, grande parte destas mesmas actividades passaram a estar agora em regime de mercado, tendo sofrido uma *despublicatio*. Isto não significa, porém, que estas actividades tenham passado a

poder ser exercidas livremente, sem qualquer controlo público. Aliás, e conforme também já referimos, neste novo contexto (de liberalização e de privatização), os controlos públicos são hoje, mais do que nunca, necessários.

Assim sendo, podemos definir os actos administrativos de controlo como actos jurídicos unilaterais, praticados por uma entidade administrativa com poderes de regulação sobre um determinado sector económico de interesse geral, que visam regular a actividade dos seus destinatários de forma a cumprir determinados objectivos (económicos e sociais) que ao Estado cumpre assegurar.

De que forma, no entanto, é que todas estas transformações se reflectem na teoria do acto administrativo? Com efeito, para além das (novas) funções reservadas à figura do acto administrativo, em que medida é que o facto de certas actividades terem passado a ser privadas (ainda que de interesse público) modifica as formas e os títulos administrativos de intervenção na actividade económica?

Estas questões levam-nos a problematizar, desde logo, (4.1.1) os tradicionais critérios de distinção entre autorizações, licenças e concessões, ao mesmo tempo que nos fazem questionar (4.1.2.) se, no quadro das técnicas da neoregulação, o aparecimento de um novo tipo de controlos públicos não põe em causa a utilização de figuras tradicionais como a autorização.

4.1.1. Autorizações, licenças e concessões: em busca do critério de distinção perdido?

De acordo com a dogmática administrativa tradicional, as autorizações, licenças e concessões são as técnicas administrativas mais comuns de intervenção na actividade económica.

Em termos gerais, as autorizações *lato sensu* (categoria de que as licenças seriam uma espécie, bem como as autorizações em sentido estrito) têm na sua base uma actividade privada, enquanto as concessões se referem a actividades públicas.

Estamos, em qualquer caso, perante actos administrativos permissivos, como são classificados pela maioria da doutrina nacional ⁽⁹⁵⁷⁾.

⁽⁹⁵⁷⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, 10.^a edição (7.^a reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, p. 459, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., pp. 287 e segs., MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, op. cit., pp. 97-98. Em sentido diferente, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES distingue dois grupos de actos: os actos que conferem direitos (de que fariam parte as concessões translativas) e as autorizações (que podem ser dispensas, autorizações constitutivas de direitos ou autorizações permissivas) (ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, lições policopiadas, Coimbra, 1978, pp. 108 e 116 e segs.).

O que distingue, em concreto, as autorizações em sentido estrito das licenças é o facto de no primeiro caso o particular já ser titular de um direito, enquanto na licença o particular não é titular de nenhum direito face à Administração. Assim, enquanto na autorização apenas o exercício do direito está dependente de uma intervenção administrativa (autorização permissiva), no caso da licença é a atribuição do próprio direito que está em causa (autorização constitutiva).

Deste modo, em relação às autorizações, ensina a doutrina jus-administrativa tradicional que se trata de um acto unilateral “(...) *pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência preexistente*” ⁽⁹⁵⁸⁾. A licença seria, por sua vez, “(...) *o acto pelo qual um órgão da Administração atribui a alguém o direito de exercer uma actividade privada que é por lei relativamente proibida*” ⁽⁹⁵⁹⁾. Neste caso estaríamos perante um mero interesse legalmente protegido do particular ⁽⁹⁶⁰⁾.

Das autorizações (em sentido amplo) devem distinguir-se, por sua vez, as concessões ⁽⁹⁶¹⁾. Com efeito, enquanto a autorização “habilita” um sujeito a exercer uma actividade privada, que a lei não reservou à Administração, a concessão atribui a um sujeito o direito de exercer uma actividade pública, reservada à Administração ⁽⁹⁶²⁾.

Estas distinções teóricas encontram, no entanto, várias dificuldades de aplicação prática, sobretudo, no contexto de liberalização dos serviços públicos económicos. Efectivamente, a realidade tende hoje a ser bastante mais complexa, contribuindo para uma crise dos tradicionais critérios de distinção entre autorizações permissivas, licenças e concessões.

A primeira questão que se coloca, desde logo, é a da manutenção da figura da concessão num cenário de liberalização dos serviços de interesse económico geral. Num contexto em que assistimos à abertura ao mercado de actividades antes reservadas às entidades públicas, é caso para nos interrogarmos das razões que estão por detrás da manutenção desta figura.

Efectivamente, conforme referimos acima, a concessão pressupõe a natureza pública da actividade concessionada, o que não é compatível com a natureza privada da maior parte das actividades económicas hoje exercidas nos sectores regulados. Por outro lado, como refere MUÑOZ MACHADO, quando se outorga uma concessão, a relação que se estabelece entre o concessionário e o concedente é de tal forma

⁽⁹⁵⁸⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., p. 288.

⁽⁹⁵⁹⁾ Idem, p. 289.

⁽⁹⁶⁰⁾ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, op. cit., p. 76.

⁽⁹⁶¹⁾ Normalmente, às concessões é reconhecido carácter bilateral (contratual), mas nada impede que assumam também a forma de um acto unilateral.

⁽⁹⁶²⁾ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, op. cit., p. 78.

estreita que não existe uma verdadeira separação entre a Administração Pública titular do serviço e o gestor do mesmo, o que faz com que esta relação esteja também “contra-indicada”, na expressão utilizada pelo Autor espanhol, no novo regime dos serviços públicos económicos. “(...) *(T)al vinculação é um sinal de uma falta de separação suficiente entre as autoridades de regulação e controlo do mercado e os operadores que actuam no mesmo* (...)”⁽⁹⁶³⁾.

Deste modo, e exceptuados os casos em que nos encontramos perante actividades públicas⁽⁹⁶⁴⁾, nas restantes situações a figura da concessão surge, não raras vezes, descaracterizada, o que é motivo de dúvidas, nomeadamente quando a mesma surge ligada a actividades que são privadas e não públicas. Neste sentido, e a propósito da concessão do serviço público de telecomunicações, refere PEDRO GONÇALVES que “(...) *não se percebe como pode o Estado outorgar uma concessão de uma actividade cuja titularidade lhe não pertence; e não tem a titularidade dela, porque, pura e simplesmente, se trata de uma actividade livre, que qualquer empresa pode exercer*”⁽⁹⁶⁵⁾.

Mas existem outros exemplos que ajudam a tornar mais evidentes estas mesmas incongruências.

É o caso da licença de distribuição local de gás natural, a que já fizemos, de resto, referência acima. Com efeito, não deixa de causar alguma perplexidade o facto de uma mesma actividade (a actividade de distribuição de gás natural) ser, nuns casos (distribuição regional), disciplinada pela via da figura da concessão (contrato de concessão de serviço público), enquanto noutros (distribuição local), é regulada através de uma licença⁽⁹⁶⁶⁾. Quer isto dizer que num caso estamos perante uma actividade pública enquanto noutro se trata de uma actividade privada?

Esta distinção parece ainda mais “artificial” se considerarmos que o regime jurídico aplicável em ambos os casos, e não obstante estarmos perante duas figuras jurídicas distintas, é bastante semelhante⁽⁹⁶⁷⁾. Aliás, por força do Decreto-Lei n.º 65/2008, de 9 de Abril, os direitos das licenciadas foram mesmo equiparados aos direitos das empresas concessionadas, uma vez que em termos de obrigações estas

⁽⁹⁶³⁾ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y mercado. Los Fundamentos*, volume I, op. cit., p. 313.

⁽⁹⁶⁴⁾ Caso dos transportes ferroviários explorados em regime de serviço público que continuam a ser actividades reservadas ao sector público (cfr. Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho) e que são reguladas através de contrato de concessão.

⁽⁹⁶⁵⁾ PEDRO GONÇALVES, “Regulação das Comunicações Electrónicas”, op. cit., p. 185.

⁽⁹⁶⁶⁾ Cfr. artigos 5.º e 20.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

⁽⁹⁶⁷⁾ Cfr. Bases da concessão de distribuição regional de gás natural previstas no Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho e Portaria n.º 1213/2010, de 2 de Dezembro que aprova o modelo da licença de distribuição local de gás natural.

já eram as mesmas para os regimes da licença de distribuição local de gás natural de serviço público e da concessão do serviço público de distribuição de gás natural.

Uma explicação possível para a manutenção destas duas figuras distintas pode estar no facto de se ter sentido necessidade de encontrar um procedimento de escolha do operador mais simplificado, como seria o procedimento de atribuição de uma licença quando comparado com o procedimento de atribuição de um contrato de concessão, já que em causa estava apenas uma actividade complementar da concessão regional ⁽⁹⁶⁸⁾. A verdade, porém, é que ainda que tenham sido essas as razões a justificar semelhante diferença de tratamento, não deixou de se introduzir uma incoerência no regime, a qual põe em causa o critério tradicional de distinção entre concessões e autorizações (licenças), uma vez que não nos merece dúvidas de que nos encontramos, em ambos os casos, perante uma actividade privada.

Outro exemplo destas incoerências surge no sector da electricidade. Referimo-nos à situação da actividade de distribuição de electricidade em média e alta tensão, que era até 2006 regulada através de licença, tendo passado, posteriormente àquela data e no âmbito da aprovação do novo quadro legal do sector, a ser disciplinada através de um contrato de concessão ⁽⁹⁶⁹⁾.

Significa isto que uma actividade que antes era tratada como uma actividade privada (distribuição de electricidade) passou, a despeito das declaradas intenções de liberalização do sector que presidiram à aprovação do Decreto-Lei n.º 29/2006, publicado na sequência da transposição da Directiva 2003/54/CE do Parlamento e do Conselho, de 26 de Junho, a ser considerada como uma actividade pública?

Não nos parece que tenha sido essa a intenção do legislador. Porém, semelhante alteração legislativa, e ainda que a mesma se possa justificar por uma vontade de harmonização do regime jurídico aplicável às actividades ligadas à exploração de redes e de infra-estruturas (quer no sector da electricidade, quer no sector do gás natural, já que todas estas actividades se encontram agora sujeitas à celebração de um contrato de concessão com o Estado ⁽⁹⁷⁰⁾), acaba também por pôr em causa o critério da natureza jurídica da actividade que a doutrina tem empregue para distinguir autorizações e concessões.

⁽⁹⁶⁸⁾ Em qualquer caso, se existir mais do que um interessado na atribuição de uma licença para o mesmo pólo de consumo, será aberto um concurso limitado entre os requerentes (cfr. art. 25.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012 e Portaria n.º 1213/2010).

⁽⁹⁶⁹⁾ Cfr. art. 70.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro.

⁽⁹⁷⁰⁾ Excepto, bem entendido, a actividade de distribuição local de gás natural que é disciplinada, conforme referimos, por uma licença.

Estes exemplos levam-nos então a perguntar como é que se articulam as distinções tradicionais da dogmática administrativa (nomeadamente a distinção entre a figura da autorização e a figura da concessão) com o novo modelo de regulação dos serviços económicos de interesse geral?

Em nossa opinião, aos critérios tradicionais (actividade pública: concessão; actividade privada: autorização ou licença) haverá que contrapor agora um novo critério de distinção: o critério da actividade exercida em regime de concorrência ou em regime de monopólio.

Com efeito, a análise do direito positivo, no quadro da regulação dos sectores de interesse económico geral, evidencia a opção por actos administrativos como licenças e autorizações para disciplinar o acesso, bem como o exercício de actividades económicas exercidas em regime de mercado, enquanto a figura da concessão (e, em particular, o contrato de concessão de serviços públicos), é tendencialmente reservada para regular actividades ainda exercidas em regime de monopólio (caso dos monopólios naturais, como as redes e as infra-estruturas) ou que, face aos valores envolvidos, necessitam de uma maior regulação da parte da entidade pública (por exemplo, a prestação do serviço universal).

Nestes casos, o regime da concessão (designadamente, em matéria de resgate, sequestro, reversão dos bens afectos à concessão) mostra-se particularmente vantajoso, para além de ser favorável aos interesses do Estado. Este último aspecto é especialmente visível em matéria de regulação de redes.

Com efeito, nestas situações, e ainda que não se trate de bens do domínio público, o regime da concessão apresenta vantagens, sobretudo ao nível da oneração e transmissão dos bens que integram a concessão, os quais são considerados de utilidade pública, revertendo para o Estado extinta a concessão ⁽⁹⁷¹⁾.

Acresce que estando em causa o exercício de actividades não concorrenciais, a escolha do seu titular assume também, a montante, uma enorme importância. Este aspecto é corroborado pelo facto de a atribuição de concessões (nomeadamente sob a forma de contrato) ser, regra geral, precedida da celebração de um procedimento concursal ⁽⁹⁷²⁾.

⁽⁹⁷¹⁾ Refira-se, em todo o caso, que nada impede o legislador de prever um regime semelhante quando esteja em causa a atribuição de licenças, como, aliás, ocorreu no sector do gás natural com a aprovação do regime da licença de distribuição local de gás natural que é em tudo semelhante ao regime da concessão de distribuição regional de gás natural, inclusivamente em matéria de oneração e transmissão dos bens que integram a respectiva rede (cfr., designadamente, o art. 29.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012).

⁽⁹⁷²⁾ Prevê-se, designadamente, no art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, em relação às concessões de gás natural, que as mesmas "(...) são atribuídas mediante contratos de concessão, nos quais outorga o membro do Governo

Deste modo, em nossa opinião, a distinção entre autorizações e concessões deve passar a ser feita, no contexto da regulação de serviços económicos de interesse geral, atendendo a se estamos perante uma actividade exercida em regime de concorrência (autorização, quer permissiva, quer constitutiva) ou se estamos perante uma actividade exercida em regime de monopólio (concessão).

O reconhecimento de um novo critério de distinção entre autorizações e concessões, no quadro da regulação de mercados de interesse geral, não explica, porém, todas as situações. Efectivamente, existem alguns casos em que a autorização (licença) é usada para regular actividades exercidas em monopólio ⁽⁹⁷³⁾ e em que a concessão é usada para disciplinar actividades também exercidas em regime de mercado ⁽⁹⁷⁴⁾.

Nestes casos, haverá que procurar os motivos que justificam semelhantes opções legislativas e que podem, muitas vezes, resumir-se a isso mesmo, ou seja, a uma simples opção legislativa ⁽⁹⁷⁵⁾ ou a uma preferência por um procedimento administrativo alegadamente mais simples ⁽⁹⁷⁶⁾. São, no entanto, excepções que apenas confirmam a regra que afirmámos acima.

Em relação à distinção entre licença e autorização, e sem pôr em causa os tradicionais critérios de distinção entre estas duas figuras, denota-se uma preferência pela figura da autorização ou do mero registo quando se trata de regular actividades totalmente concorrenciais ⁽⁹⁷⁷⁾, uma vez que se parte, precisamente, da pré-existência, na esfera jurídica do particular, de um direito à livre iniciativa económica.

responsável pela área da energia, em representação do Estado, na sequência da realização de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, salvo se, de acordo com os princípios e regras gerais da contratação pública, estiverem reunidas condições para o recurso a outro procedimento adjudicatório”.

⁽⁹⁷³⁾ É o caso, já referido, da licença de distribuição local de gás natural.

⁽⁹⁷⁴⁾ Caso da concessão do serviço público de telecomunicações.

⁽⁹⁷⁵⁾ Como parece ser o exemplo do sector das comunicações electrónicas em que se optou por manter o regime da concessão mesmo após a actividade ter sido liberalizada.

⁽⁹⁷⁶⁾ Como no caso da licença de distribuição local de gás natural.

⁽⁹⁷⁷⁾ Cfr., por exemplo, a alteração legislativa operada nos sectores da electricidade e do gás natural, nos termos da qual a regulação das actividades de comercialização em regime de mercado livre passou a estar sujeita, apenas, a mero registo prévio (artigos 42.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 21 de Junho e 37.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, de 21 de Junho), enquanto anteriormente carecia de licença a atribuir pela Direcção Geral de Energia e Geologia. Da mesma forma, no sector das comunicações electrónicas, a oferta de redes e de serviços de comunicações electrónicas está sujeita apenas a uma autorização geral, cujo regime se aproxima bastante de um mero registo junto da entidade reguladora (art. 21.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro). Por sua vez, no sector dos serviços postais, a prestação de serviços postais não abrangidos no âmbito do serviço universal está também sujeita a autorização geral enquanto a prestação de serviços postais abrangidos no âmbito do serviço universal se encontra dependente de licença (art. 24.º, n.º 1 da Lei 17/2012).

A autorização e o mero registo acabam, assim, por funcionar como formas mais *soft* de regulação do que a licença (que envolve um maior grau de regulação, sendo usada, por exemplo, para regular o serviço universal em sectores liberalizados ⁽⁹⁷⁸⁾), a qual é, no entanto, ainda assim, uma forma de regulação mais *soft* do que o contrato de concessão.

Deixamos, no entanto, para o próximo capítulo o estudo, em concreto, das novas formas de controlo público de actividades privadas de interesse geral e da sua relação com a figura da autorização.

Neste capítulo queríamos apenas evidenciar que o critério de distinção entre autorizações e concessões que parte da natureza jurídica da actividade implicada em cada um desses actos, se mostra pouco operativo, sendo fonte de várias incoerências, em matéria de regulação de serviços económicos de interesse geral.

Deste modo, num novo contexto, marcado pela liberalização destes serviços, parece-nos mais conforme com a nova realidade, plasmada nos quadros legais em vigor, adoptar um critério que distinga a autorização da concessão consoante esteja em causa o acesso e/ou o exercício a uma actividade concorrencial ou a uma actividade não concorrencial.

4.1.2. A autorização: uma figura em crise?

Esta pergunta pode parecer estranha quando no capítulo anterior afirmámos que a autorização é uma das técnicas administrativas mais comuns de intervenção na actividade económica. E efectivamente assim tem sido até agora. Existem, no entanto, alguns sinais, recentes, que nos levam a questionar se assim continuará a ser também daqui em diante.

Com efeito, as técnicas da neoregulação apelam, conforme já referimos atrás, à utilização de instrumentos regulatórios mais flexíveis, com procedimentos administrativos mais simplificados, nomeadamente quando esteja em causa a regulação de actividades exercidas em regime de mercado que, por natureza, devem estar sujeitas a menores constrangimentos do que as actividades exercidas em monopólio que exigem uma regulação mais intensa (nomeadamente através do recurso à figura do contrato ou da licença com cláusulas acessórias e imposição de obrigações de serviço público).

O objectivo é, portanto, reduzir o peso, bem como a quantidade dos controlos administrativos, que podem funcionar, em última análise, como barreiras à

⁽⁹⁷⁸⁾ É o caso, por exemplo, da licença de comercialização de último recurso nos sectores da electricidade e do gás natural.

implementação e desenvolvimento de um mercado de serviços de interesse geral verdadeiramente competitivo.

Concentrando-nos agora, em concreto, na figura da autorização (em sentido amplo, a qual integra também a licença), trata-se de uma modalidade de controlo prévio da qual depende o exercício de uma actividade económica. Ou seja, o particular só poderá iniciar uma determinada actividade depois de ter sido autorizado pela entidade administrativa competente, o que pressupõe um procedimento administrativo prévio que visa analisar, precisamente, se o particular reúne as condições necessárias para o exercício daquela actividade.

Como refere, no entanto, RICARDO RIVERA ORTEGA “o carácter *imprescindível da intervenção administrativa sobre a actividade comercial não supõe necessariamente que aquela tenha de traduzir-se numa exigência de controlos prévios de signo autorizatório, que limitam o comércio antes que este se produza, restringindo o acesso aos mercados e com ele a concorrência que poderia ter efeitos benéficos sobre os interesses dos consumidores*”⁽⁹⁷⁹⁾.

Tem-se entendido, assim, que, em certas situações, os controlos administrativos preventivos devem dar lugar a um outro tipo de controlos públicos menos “intrusivos”, nalguns casos a realizar apenas *a posteriori*, isto é, já depois de o particular ter dado início à actividade económica.

Nestas situações, o controlo público continua a fazer-se, só muda, porém, o momento (e, por vezes, a forma) em que o mesmo ocorre. Noutras situações, o controlo continua a ser feito num momento prévio ao do início da actividade, adoptando-se, no entanto, um procedimento administrativo mais simplificado e mais célere.

Exemplo disto mesmo são as medidas adoptadas tendo em vista o livre acesso e exercício à actividade de serviços com contrapartida económica, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho que transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno (também conhecida como Directiva Serviços)⁽⁹⁸⁰⁾.

⁽⁹⁷⁹⁾ RICARDO RIVERA ORTEGA, “La libertad de comercio”, Actas del Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2010, p. 65.

⁽⁹⁸⁰⁾ Este diploma aplica-se, entre outros, à comercialização de gás natural e de electricidade (cfr. Anexo ao diploma). De acordo, porém, com o art. 3.º, n.º 5, “*sempre que exista um regime de permissão administrativa de uma actividade de serviços especificamente estabelecido em regulamento comunitário ou lei ou decreto-lei que transponha para a ordem jurídica interna uma directiva comunitária, o presente decreto-lei apenas se aplica aos aspectos do regime de permissão administrativa não previstos nesse regime específico*”. Excluídos do âmbito de aplicação objectivo do Decreto-Lei n.º 92/2010 encontram-se os serviços e as redes de

Com efeito, uma dessas novas medidas passa, precisamente, pela limitação do número de situações em que é possível exigir-se uma licença ou autorização para a prestação de serviços em território nacional. Desta forma, e conforme se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 92/2010, *“as licenças ou as autorizações que correspondem a procedimentos administrativos mais complexos e demorados passam agora a ser exigidas apenas em situações excepcionais, em que imperiosas razões de interesse público assim o justifiquem”*. Em seu lugar, surgem as comunicações prévias efectuadas pelos prestadores de serviços, que se limitam a comunicar o início da actividade.

LAGUNA DE PAZ, pronunciando-se a propósito da transposição da Directiva serviços em Espanha, sublinha, e a nosso ver bem, que *“estas técnicas são adequadas nos casos em que o desenvolvimento da actividade, sem que se cumpram os requisitos estabelecidos na lei, comporte um risco mínimo para o interesse geral. De contrário, não devem utilizar-se quando a Administração: exerça poderes discricionários de controlo; devam existir juízos de valor ou qualificações jurídicas complexas”* ⁽⁹⁸¹⁾. Com efeito, nestes casos, devem ser adoptados procedimentos mais completos, de forma a *“clarificar os interesses em jogo e a fundamentar a própria actuação administrativa”* ⁽⁹⁸²⁾.

Em particular em relação aos sectores de interesse económico geral, também encontramos alguns exemplos destes novos tipos de controlos públicos. É o caso dos actos de registo e das comunicações de início de actividade que já se aplicam, entre nós, nos sectores da electricidade e do gás natural, das comunicações electrónicas e dos serviços postais. Não é, aliás, por mero acaso que é nestes e não noutros sectores regulados que se prevêem este tipo de controlos administrativos mais “suaves”. Com efeito, tal explica-se pelo facto destes sectores se encontrarem numa fase mais avançada de liberalização (quer a nível comunitário, quer a nível nacional) ⁽⁹⁸³⁾.

comunicações electrónicas, bem como os recursos e os serviços conexos regulados pela legislação aplicável às comunicações electrónicas (art. 3.º, n.º 3, al. b)).

⁽⁹⁸¹⁾ JOSE CARLOS LAGUNA DE PAZ, “Controles Administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, in AAVV, *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios 13, Edición 2009-II, p. 320.

⁽⁹⁸²⁾ Ibidem.

⁽⁹⁸³⁾ Sobretudo no caso dos sectores das comunicações electrónicas e da electricidade e do gás natural. Com efeito, o sector dos serviços postais só muito recentemente (Abril de 2012, altura em que foi aprovado o seu novo regime jurídico, através da Lei n.º 17/2012) se encontra, entre nós, a dar passos efectivos no sentido de avançar no seu processo de liberalização.

Assim, e em relação ao sector das comunicações electrónicas, pode ler-se no artigo 19.º, número 1 da Lei das Comunicações Electrónicas ⁽⁹⁸⁴⁾ que “*é garantida a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas*”. Deste modo, de acordo com o referido diploma, a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, acessíveis ou não ao público, está apenas sujeita ao regime de *autorização geral*, não podendo estar dependente de qualquer *decisão ou acto prévios da autoridade reguladora* (cfr. artigo 19.º, número 2).

Neste sentido, prevê-se no artigo 21.º, número 1 da referida Lei que as empresas que pretendam oferecer redes e serviços de comunicações electrónicas estão obrigadas a enviar previamente ao ICP-ANACOM uma descrição sucinta da rede ou serviço cuja oferta pretendem iniciar e a comunicar a data prevista para o início da actividade, transmitindo ainda os elementos que permitam a sua identificação completa nos termos a definir pelo ICP-ANACOM. Após esta comunicação, os operadores podem iniciar de imediato a sua actividade. A autoridade reguladora fica apenas obrigada, no prazo de cinco dias a contar da recepção da comunicação de início de actividade enviada pelos operadores, a emitir uma declaração que confirme a sua entrega e que descreva em concreto os direitos em matéria de acesso e interligação e de instalação de recursos previstos na Lei das Comunicações Electrónicas tendo em vista a sua apresentação de modo a facilitar o exercício destes direitos (cfr. artigo 21.º, números 4 e 5).

Este procedimento é, de resto, muito semelhante ao que se encontra também actualmente previsto no sector dos serviços postais em matéria de autorização geral para a prestação de serviços postais não sujeitos a licença individual ⁽⁹⁸⁵⁾. Com efeito, também neste caso as entidades interessadas em darem início à prestação daqueles serviços se encontram obrigadas a comunicar previamente ao ICP-ANACOM uma série de elementos, entre os quais se inclui a sua identificação, bem como a descrição do serviço que se propõem prestar, a zona geográfica de actuação e a data prevista para o início da sua actividade ⁽⁹⁸⁶⁾. Tal como acontece no sector das comunicações electrónicas, após a apresentação da comunicação devidamente instruída, as entidades notificantes podem iniciar de imediato a sua actividade. O ICP-ANACOM fica apenas obrigado, nesta situação, no prazo de dez dias seguidos a contar da recepção da comunicação de início de actividade, a emitir uma declaração

⁽⁹⁸⁴⁾ Aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com a redacção constante da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

⁽⁹⁸⁵⁾ Cfr. art. 34.º da Lei n.º 17/2012.

⁽⁹⁸⁶⁾ Cfr. art. 34.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2012.

comprovativa da inscrição da entidade notificante no registo dos prestadores de serviços postais ⁽⁹⁸⁷⁾.

Relativamente ao sector da energia (electricidade e gás natural), com a transposição do terceiro pacote energético aprovado pela União Europeia, o legislador nacional eliminou a exigência, que constava da legislação anterior, de uma licença para o exercício da actividade de comercialização de electricidade e de gás natural (para a comercialização de último recurso continua a ser, no entanto, necessária uma licença), tendo a mesma sido substituída por um mero registo do comercializador ⁽⁹⁸⁸⁾.

Estes exemplos evidenciam, portanto, a evolução recente da figura do acto administrativo no quadro do modelo de Estado Regulador.

Com efeito, o que se verifica é que em determinadas situações, nomeadamente quando estejamos perante actividades exercidas em regime de mercado, completamente liberalizadas, se tem optado por um novo tipo de actos de controlo que se distinguem dos tradicionais actos administrativos autorizativos, quer porque colocam a tónica no controlo público *a posteriori*, depois do início de uma determinada actividade económica, reduzindo os poderes discricionários de controlo da Administração (nos casos em que este controlo continua a ser prévio), quer porque transferem o controlo preventivo para os privados.

Estas transformações são uma consequência da aplicação das técnicas da neoregulação à teoria do acto administrativo as quais têm em vista, precisamente, diminuir as barreiras ao funcionamento dos mercados em geral e, em particular, dos mercados de interesse económico geral, contribuindo desta forma para uma melhor defesa dos interesses dos consumidores. Efectivamente, em muitos casos, a manutenção de determinados controlos regulatórios apenas serve o interesse dos operadores já instalados, protegendo-os da concorrência.

Naturalmente que a eliminação de controlos prévios, como a autorização, que apresentam a vantagem da estabilidade e da segurança das relações jurídicas, tornará necessário um reforço do poder de inspecção da parte das entidades públicas em relação ao exercício, pelos privados, das actividades económicas pelas quais são responsáveis. Este aspecto é ainda mais importante quando estejam em causa actividades de interesse geral, em que se visam não apenas interesses privados (de lucro), mas igualmente a prossecução de interesses públicos ligados à regularidade e continuidade da prestação de determinados serviços públicos ou à segurança do

⁽⁹⁸⁷⁾ Cfr. art. 35.º da Lei n.º 17/2012.

⁽⁹⁸⁸⁾ Cfr. para o sector da electricidade o disposto no art. 42.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e para o sector do gás natural o art. 37.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

abastecimento, em relação ao fornecimento de electricidade ou de gás natural, por exemplo.

De que forma, no entanto, é que estas transformações trazidas pela teoria da regulação de serviços de interesse económico geral se reflectem na figura do acto administrativo? Será que estamos ainda perante verdadeiros actos administrativos?

A resposta a estas questões releva não só em termos substantivos, mas igualmente em termos contenciosos, tendo em vista a eventual impugnação dos actos praticados pelas autoridades reguladoras neste contexto.

Voltemos aos exemplos que citámos acima, nos sectores das comunicações electrónicas, da energia e dos serviços postais. Para tal vamos “isolar” os actos de autorização geral e a comunicação de início de actividade, no sector das comunicações electrónicas, a autorização geral no sector dos serviços postais e o acto de registo prévio, nos sectores da electricidade e do gás natural. Refira-se, porém, que as conclusões a que chegarmos a propósito destes actos jurídicos concretos podem ser extrapoladas para outros exemplos semelhantes que se verifiquem, no futuro, nestes ou noutros sectores regulados.

Ora, se em relação ao acto de registo prévio parecem não subsistir dúvidas de maior de que ainda nos encontramos perante um acto administrativo, sendo a única dúvida saber se estamos perante um mero registo ou antes perante um registo constitutivo de direitos, as dúvidas adensam-se em torno da figura da autorização geral prevista na Lei das Comunicações Electrónicas e no regime jurídico dos serviços postais.

Para efeitos da nossa análise, vamos partir da definição de acto administrativo constante do artigo 120.º do Código do Procedimento Administrativo ⁽⁹⁸⁹⁾. De acordo com este normativo, consideram-se actos administrativos “(...) *as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*”.

Comecemos pelo acto de registo prévio da actividade de comercialização de electricidade e de gás natural.

Conforme referimos, trata-se de um acto prévio ao início das referidas actividades, dele dependendo a permissão para o exercício daquelas actividades. O Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, indica no seu artigo 47.º, número 2 os elementos que o candidato a

⁽⁹⁸⁹⁾ Embora a norma do art. 120.º restrinja a sua aplicação ao Código do Procedimento Administrativo (“*para efeitos da presente lei, consideram-se actos administrativos (...)*”), a verdade é que esta definição normativa acabou por se *entranhar* no nosso ordenamento jurídico, para o que muito contribuiu o facto de o âmbito de aplicação do Código ser extremamente amplo.

comercializador tem de apresentar para que o registo seja efectuado pela DGEG. Não existem, portanto, dúvidas de que o acto de registo é um verdadeiro acto administrativo, na medida em que o mesmo pressupõe a existência de uma decisão da parte da entidade administrativa competente para efectuar o registo (que se poderá vir a traduzir, ou não, na realização do registo) e da qual dependerá o exercício do direito do particular (direito de livre iniciativa económica).

Não nos parece, assim, que estejamos perante um mero acto de *accertamento*, ou seja, um acto que se limita a reconhecer ou a declarar a existência de certo facto, mas antes perante um verdadeiro “*accertamento constitutivo*” (verificação constitutiva). De acordo com MARCELLO CAETANO as verificações constitutivas reportam-se àquelas situações em que “(...) o apuramento ou reconhecimento de situações ou de circunstâncias em casos individuais pode ser acompanhado de uma decisão atributiva de direitos, embora se trate do exercício de poderes vinculados da Administração em tais termos que a decisão é consequência lógica e necessária da verificação ou constatação prévias”⁽⁹⁹⁰⁾.

No nosso caso concreto, em rigor não se trata da atribuição “ex novo” de um direito, mas antes da permissão de exercício de um direito pré-existente (o direito de livre iniciativa económica), o que aproxima o acto de “registo prévio” da autorização em sentido estrito. Para esta semelhança substantiva entre o acto de registo prévio e a autorização não é certamente indiferente o facto de se tratar, em ambos os casos, de uma modalidade de controlo público preventivo. Isto mostra, aliás, e conforme referíamos atrás, que nem todos os “novos” controlos administrativos de actividades económicas privadas de interesse público são realizados *a posteriori*, ou seja, após o início da actividade, podendo existir situações em que os mesmos continuam a ser feitos num momento anterior.

Este controlo (apesar de prévio) tende, no entanto, a ser mais “suave” do que o controlo inerente aos actos autorizativos, não só porque nos encontramos perante uma actividade (hoje) exercida em regime de mercado, mas também por causa das próprias características da referida actividade (compra e venda de electricidade e de gás natural) que fazem com que o risco associado ao seu exercício para o interesse público seja relativamente diminuto. Com efeito, não só os particulares dispõem de várias alternativas no mercado (em última análise, e em determinadas circunstâncias,

⁽⁹⁹⁰⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, op. cit., p. 456. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS distinguem igualmente os actos meramente verificativos das verificações constitutivas, dizendo que “(...) enquanto os primeiros têm efeitos meramente declarativos, as segundas têm efeitos constitutivos, embora tão estritamente vinculados que se apresentam como consequência praticamente automática da verificação a que procedem e sem autonomia em relação a esta” (*Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, op. cit., p. 97).

poderão manter sempre a sua ligação ao comercializador de último recurso), como existem outras formas de controlo público da actividade dos comercializadores, nomeadamente através da regulação dos contratos celebrados entre o comercializador e os particulares ⁽⁹⁹¹⁾.

Deste modo, e diferentemente dos actos autorizativos que gozam, comparativamente, de um maior grau de discricionariedade, os actos de registo são normalmente actos vinculados (ou tendencialmente vinculados), o que justifica a adopção de um procedimento administrativo mais simplificado (nomeadamente ao nível da fase instrutória) e mais célere (através da diminuição dos prazos procedimentais).

A nossa classificação destes actos de registo prévio como verificações constitutivas, distinguindo-os dos actos meramente verificativos, não é, no entanto, completamente indiferente.

Efectivamente, um sector importante da nossa doutrina jus-administrativista, considera que os actos que se limitam a exprimir uma declaração de ciência (actos meramente verificativos) não são actos administrativos. É o caso de ROGÉRIO SOARES que classificava estes actos como actos instrumentais com conteúdo declarativo, uma vez que lhes faltava a pretensão de encontrar a satisfação imediata dum interesse público concreto, distinguindo-os, portanto, dos actos administrativos ⁽⁹⁹²⁾. Da mesma forma, também FREITAS DO AMARAL entende que as meras declarações de conhecimento são actos instrumentais ⁽⁹⁹³⁾. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA considera igualmente que se encontram excluídas do conceito de acto administrativo do artigo 120.º do Código do Procedimento Administrativo “(...) *todos os actos sem conteúdo decisório, isto é, todas as manifestações jurídicas que, por apenas conterem declarações de ciência, juízos de valor ou opiniões, não exprimam resoluções que determinem o rumo de acontecimentos ou o sentido de condutas a adoptar*” ⁽⁹⁹⁴⁾.

⁽⁹⁹¹⁾ Deixamos, porém, a análise deste instrumento regulatório em concreto (contrato) para o próximo capítulo.

⁽⁹⁹²⁾ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, op. cit., pp. 100 e 133 e segs..

⁽⁹⁹³⁾ De acordo com o Autor, os actos instrumentais identificam aquelas pronúncias administrativas que não envolvem uma decisão de autoridade, antes são auxiliares relativamente a actos administrativos decisórios (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., p. 300).

⁽⁹⁹⁴⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 266. No mesmo sentido, JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª edição, Âncora Editora, Lisboa, 2007, p. 228.

Em sentido diferente, Autores como MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, por exemplo, classificam expressamente os actos verificativos (sejam os actos meramente verificativos, sejam as verificações constitutivas) como actos administrativos ⁽⁹⁹⁵⁾.

Pela nossa parte, entendemos que face à definição de acto administrativo constante do citado artigo 120.º do Código de Procedimento Administrativo, o elemento decisório (no sentido de existência de uma manifestação de vontade que vise produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta) é um elemento fulcral para a qualificação de um determinado acto jurídico como sendo um acto administrativo.

Neste sentido, os actos meramente verificativos não podem configurar, em nossa opinião, verdadeiros actos administrativos, uma vez que lhes falta o referido elemento decisório ⁽⁹⁹⁶⁾. A dificuldade estará, no entanto, em distinguir os actos meramente verificativos dos actos verificativos constitutivos ⁽⁹⁹⁷⁾.

Tendo isto presente, concluímos que os actos de registo (prévio) que se destinem a permitir o exercício de uma determinada actividade económica de interesse geral são verdadeiros actos administrativos. Com efeito, conforme referimos acima, a propósito dos actos de registo prévio das actividades de comercialização de gás natural e de electricidade, a entidade administrativa responsável pelo registo não se limita, neste caso, a registar um facto e com isso a conferir publicidade e segurança ao acto registado (acto meramente declarativo), proferindo antes uma verdadeira decisão sobre a pretensão do particular (a partir da verificação de determinados

⁽⁹⁹⁵⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, op. cit., p. 97. SÉRVULO CORREIA considera igualmente actos administrativos os actos cujo conteúdo possa “*não ser constitutivo em sentido estrito (na acepção de que cria, modifica ou extingue), mas meramente declarativo ou enunciativo*” (*Noções de Direito Administrativo*, op. cit., p. 300). No mesmo sentido se pronunciou já também o Tribunal Constitucional no Acórdão proferido no processo n.º 607/95, com data de 8 de Novembro de 2005, entendendo que o acto praticado pelo Director-Geral da Comunicação Social que regista um título de uma publicação periódica ou o recusa é um acto administrativo.

⁽⁹⁹⁶⁾ Em sentido diferente, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA pronunciando-se a propósito dos actos de registo efectuados por entidades públicas afirma que “*(...) a declaração pública de um facto implica sempre a vontade, a decisão, de exercer (ou não) o respectivo poder ou competência declarativa*”, o que o leva também a classificar os actos de registo como actos administrativos (“A Publicidade, o Notariado e o Registo Público de Direitos Privados”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, 61, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 523).

⁽⁹⁹⁷⁾ Por exemplo, a realização de um acto de registo, posteriormente ao início de uma actividade e cujo objectivo se limita unicamente à inscrição de um determinado operador num ficheiro ou numa lista será um acto meramente verificativo, sem quaisquer efeitos constitutivos. Já assim não seria, por exemplo, se o registo (mesmo posterior ao início da actividade) tivesse como objectivo verificar se o operador reunia os requisitos necessários para o exercício da actividade, podendo a sua recusa determinar a cessação da actividade pelo operador (caso em que teria efeitos constitutivos).

factos), permitindo-lhe, assim, o exercício do seu direito de iniciativa económica e o consequente dever de exercer uma actividade privada de interesse público (acto constitutivo). Trata-se, assim, nesta situação, de um verdadeiro acto administrativo de controlo.

Por outro lado, isto significa igualmente que o acto de registo que configure um verdadeiro acto administrativo de controlo (e não apenas uma mera declaração de ciência) pode ser livremente impugnável por quem demonstre que o mesmo lesa os seus direitos ou interesses legalmente protegidos (nomeadamente por um comercializador concorrente do comercializador que obteve o registo). Da mesma forma, o acto que recuse o registo dá lugar a um acto de indeferimento que pode ser impugnado nos termos gerais ⁽⁹⁹⁸⁾. Em qualquer caso, estaremos ainda perante um acto administrativo ⁽⁹⁹⁹⁾.

Em relação à figura da autorização geral prevista na Lei das Comunicações Electrónicas, torna-se necessário primeiro interpretar as normas dos artigos 19.º e 21.º daquele diploma. Com efeito, não obstante a referência no artigo 19.º, número 2 a uma autorização geral à qual estaria sujeita a actividade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, acessíveis ou não ao público, da leitura daqueles dispositivos fica-nos a dúvida se essa autorização geral configura, na verdade, um acto administrativo em sentido próprio. A esta dúvida junta-se, por sua vez, uma outra.

⁽⁹⁹⁸⁾ Sendo aplicável a forma da acção administrativa especial para a condenação à prática de acto administrativo devido (cfr. artigos 66.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Já se o acto de registo se limitar a uma mera declaração de ciência, como acontece, designadamente, com o registo dos operadores em actividade num determinado sector (caso em que terá efeito meramente declarativo), perante a sua não realização pela entidade competente, o particular poderá lançar mão do processo urgente de intimação para a passagem de certidões (previsto nos artigos 104.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Com efeito, embora em bom rigor a realização de um registo não corresponda à “passagem de uma certidão”, quando esteja em causa a mera inscrição de factos em livros ou em ficheiros destinados a esse fim, com o único objectivo de lhes conferir publicidade e segurança, estaremos perante situações semelhantes, o que justifica, em nossa opinião, a utilização daquele meio processual.

⁽⁹⁹⁹⁾ Posição diferente tem, no entanto, SÉRVULO CORREIA para quem “(...) a consistência sistémica e a assunção, pelo CPTA, da pretensão do interessado, e não do acto de indeferimento, como objecto da acção de condenação à prática do acto administrativo devido, impõem hoje a retirada das recusas expressas do âmbito do acto administrativo enquanto instrumento de autotutela declarativa da Administração” (“O incumprimento do dever de decidir”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, p. 15). Em nossa opinião deverá, no entanto, separar-se o plano substantivo do plano processual, com o que subscrevemos antes a opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA. Com efeito, conforme afirma aquele Autor, posição com a qual concordamos inteiramente, não se afigura “(...) que o simples facto de a lei processual ter optado por submeter a reacção contra actos administrativos de conteúdo negativo a um enquadramento processual específico e diferenciado daquele a que submete a reacção contra os actos de conteúdo positivo tenha o alcance de retirar àqueles actos a natureza que, pelo contrário, o respectivo enquadramento substantivo e procedimental parece impor (...)” (“Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável”, op. cit., p. 277).

Será que a autorização geral a que se refere o artigo 19.º, número 2 corresponde à declaração mencionada no artigo 21.º, número 5 ⁽¹⁰⁰⁰⁾? Ou será que se trata, antes, de dois actos ou então de dois momentos diferentes?

A primeira pergunta que temos, no entanto, de responder é a de saber se a autorização geral a que se referem aqueles normativos é um verdadeiro acto jurídico. Podemos dizer, desde já, que em nossa opinião a resposta é negativa, pelo que, por maioria de razão, não estamos também sequer perante um acto administrativo.

Com efeito, basta analisar o artigo 19.º da Lei das Comunicações Electrónicas para se chegar à conclusão de que a “autorização geral” não corresponde a qualquer manifestação de vontade da parte de uma entidade pública, nomeadamente do ICP-ANACOM, resultando antes da própria lei ⁽¹⁰⁰¹⁾. Chegamos, aliás, a esta mesma conclusão pela análise da definição constante do artigo 3.º, alínea h), da Lei das Comunicações Electrónicas. Com efeito, de acordo com aquela norma, a “autorização geral” é descrita como *“o quadro regulamentar estabelecido pela presente lei e pelos regulamentos da autoridade reguladora nacional que garante os direitos relacionados com a oferta de serviços ou redes de comunicações electrónicas e que fixa obrigações sectoriais específicas que podem ser aplicadas a todos os tipos ou a tipos específicos de serviços e redes de comunicações electrónicas, em conformidade com a presente lei”*.

Deste modo, e de acordo com a interpretação que fazemos do regime constante das referidas disposições, concluímos que neste caso não existe qualquer controlo administrativo (prévio) relativamente ao exercício daquelas actividades, o que é sintomático do estado de liberalização do sector das comunicações electrónicas. Neste contexto, assume a máxima importância a norma constante do artigo 19.º, número 1, de que *“é garantida a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas”*, bastando a mera comunicação, feita pelo particular, do início da sua actividade (cfr. artigo 21.º, número 1).

Nem se diga que o “silêncio” da Administração (no caso do ICP-ANACOM), após a referida comunicação prévia feita pelo particular (que é um acto jurídico privado) deve ser interpretado como um “acto administrativo tácito permissivo”.

⁽¹⁰⁰⁰⁾ Nos termos do qual compete ao ICP-ANACOM *“no prazo de cinco dias a contar da recepção da comunicação, emitir declaração que confirme a sua entrega e que descreva em detalhe os direitos em matéria de acesso e interligação e de instalação de recursos previstos na presente lei tendo em vista a sua apresentação de modo a facilitar o exercício destes direitos”*.

⁽¹⁰⁰¹⁾ No mesmo sentido se pronuncia NUNO PERES ALVES, para quem *“(…) a autorização para o exercício da actividade decorre directamente da lei, não sendo necessário qualquer acto administrativo (prévio ou posterior) para o efeito”* (“Direito Administrativo das Telecomunicações”, in AAVV, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume V, PAULO OTERO / PEDRO GONÇALVES (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2011, p. 390).

Não nos parece, de facto, que exista margem para semelhante interpretação tendo em conta o regime jurídico constante dos artigos 19.º e 21.º da Lei das Comunicações Electrónicas. Com efeito, parecem não existir dúvidas de que a autorização geral não corresponde a qualquer manifestação de vontade da parte da Administração, decorrendo directamente da lei. Não há, assim, qualquer momento decisório.

Assim sendo, a designação “autorização geral” fica apenas a dever-se, de acordo com a nossa interpretação, ao facto de o artigo 19.º, número 1 da Lei das Comunicações Electrónicas reconhecer a todos a liberdade de oferta de redes e de serviços, pelo que a nomenclatura se justifica enquanto permissão (legal) para exercer um direito pré-existente. No entanto, a verdade é que nem existe um controlo administrativo efectivo da actividade (que existe na figura da autorização), nem o mesmo, a acontecer, é prévio ao início da actividade como também acontece com a figura da autorização ⁽¹⁰⁰²⁾.

Deste modo, tal como se encontra desenhada esta figura neste diploma, a mesma parte imediatamente do reconhecimento legal do direito e da sua capacidade de exercício, a qual não fica dependente de um acto prévio ou posterior da parte da Administração. Não há espaço, portanto, para a formação de qualquer acto administrativo tácito.

A isto acresce ainda o facto de a comunicação prévia feita pelo privado de acordo com o artigo 21.º, número 1 da Lei das Comunicações Electrónicas não sujeitar a reacção da parte da entidade pública a qualquer prazo, o que seria sempre um pressuposto necessário para a formação de um acto tácito de deferimento ⁽¹⁰⁰³⁾. Porém, o aspecto aqui verdadeiramente determinante para que não se forme um acto tácito prende-se com o facto de inexistir um dever de decisão da parte da Administração ⁽¹⁰⁰⁴⁾.

Com efeito, nos casos de comunicações prévias de início de actividade em que a lei nada dispõe sobre o dever de a Administração se pronunciar em determinado prazo ou em que não atribui efeitos jurídicos ao seu silêncio, em bom rigor, não existe sequer um pedido ou requerimento do particular que a obrigue a emitir uma pronúncia.

⁽¹⁰⁰²⁾ Nada impede, porém, que a autoridade reguladora venha a emitir um acto administrativo (nomeadamente opondo-se ao início da actividade pelo particular) no período que medeia entre a entrega da comunicação de início de actividade e o efectivo início da mesma. A acontecer, esse “controlo” será, no entanto, eventual e não obrigatório, uma vez que não decorre da lei.

⁽¹⁰⁰³⁾ Nem assim se deve entender o prazo que medeia entre a efectivação da comunicação e o início da actividade pelo particular, uma vez que o particular não dirige qualquer pedido à Administração (no mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, op. cit., p. 204).

⁽¹⁰⁰⁴⁾ Cfr. art. 9.º do Código do Procedimento Administrativo.

Com efeito, a comunicação mais não é, neste caso, do que uma mera declaração feita pelo particular.

Devem distinguir-se, assim, as meras comunicações prévias (que permitem o exercício da actividade imediatamente após a sua comunicação, não ficando, no entanto, dependentes de qualquer acto de uma entidade administrativa) das comunicações prévias com prazo que podem dar lugar a um acto administrativo (tácito ou expreso) ⁽¹⁰⁰⁵⁾.

Deste modo, só no caso de estarmos perante uma comunicação prévia com prazo de resposta para a Administração se pronunciar sobre aquela comunicação, a mesma poderia dar lugar à prática de um acto administrativo de controlo, o que não é, porém, manifestamente o caso.

O facto de se concluir que a autorização geral prevista na Lei das Comunicações Electrónicas não configura um acto administrativo, antes decorrendo directamente da lei, impede, naturalmente, a sua impugnação contenciosa por um terceiro ou pelos próprios consumidores que considerem que aquele operador não reúne as condições necessárias para oferecer serviços ou redes de comunicações electrónicas.

Isto não significa, no entanto, que não exista qualquer controlo público sobre a forma como o particular exerce a actividade ⁽¹⁰⁰⁶⁾. Esse controlo existe, embora não assuma sempre necessariamente a forma de um acto administrativo.

Com efeito, neste caso o controlo terá de ser feito *a posteriori* (ou seja, após o início da actividade e durante o seu exercício), nomeadamente através da fiscalização e monitorização do exercício da actividade, a qual será levada a cabo pela autoridade reguladora, o que pode dar origem à instauração de um processo de contra-ordenação no caso de se verificar que um determinado operador infringiu algum dos deveres a que se encontra legal ou regularmente obrigado, não estando também vedada a possibilidade de terceiros (entre eles os consumidores) poderem reagir, pela via contenciosa, contra qualquer acto ou conduta adoptada pelo operador, no exercício da actividade, que afecte ou lese os seus direitos.

⁽¹⁰⁰⁵⁾ Veja-se, aliás, a distinção legal efectuada no art. 8.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 92/2010 entre comunicações prévias com prazo e meras comunicações prévias. De acordo com este normativo, as primeiras traduzem uma declaração efectuada pelo prestador de serviços necessária ao início da actividade, que permita o exercício da mesma quando a autoridade administrativa não se pronuncie após o decurso de um determinado prazo, configurando as segundas uma declaração efectuada pelo prestador de serviços necessária ao início da actividade, que permita o exercício da mesma imediatamente após a sua comunicação à autoridade administrativa.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ A obrigatoriedade que impende sobre o particular de comunicar o início da actividade representa uma forma de controlo preventivo privado, alternativa ao controlo preventivo público (veja-se, sobre esta questão, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, op. cit., pp. 201 e segs.).

O que acabámos de escrever não é posto em causa pelo facto de o artigo 21.º, número 5 da Lei das Comunicações Electrónicas prever a emissão de uma declaração, pelo ICP-ANACOM, no prazo de cinco dias a contar da recepção da comunicação de início de actividade feita pelo particular, que *“confirme a sua entrega e que descreva em detalhe os direitos em matéria de acesso e interligação e de instalação de recursos previstos na presente lei tendo em vista a sua apresentação de modo a facilitar o exercício destes direitos”*.

Em nossa opinião, trata-se de dois momentos completamente autónomos: a autorização geral do artigo 19.º, número 2 da Lei das Comunicações Electrónicas que, afinal, e não obstante a sua designação, não é nenhuma autorização e nem sequer é um acto administrativo e a declaração prevista no artigo 21.º, número 5 do mesmo diploma que é um acto meramente verificativo.

Efectivamente, a declaração a que se refere o artigo 21.º, número 5, ainda que funcione como uma espécie de título para o exercício daquela actividade tem um efeito meramente declarativo, uma vez que apenas reconhece a recepção da comunicação prévia feita pelo particular, limitando-se a descrever a situação jurídica em que o operador está investido, por força da lei. Se, porém, exceder o comando legal, já terá um efeito constitutivo, sendo, nesse caso, um acto administrativo (por exemplo, se fixar direitos ou deveres ao particular que vão para além do regime legal ou regulamentar que lhe é aplicável).

Significa isto, portanto, que, para nós, se o ICP-ANACOM não emitir a referida declaração, o operador não fica impedido de exercer a actividade, já que tem, por força da lei, uma “autorização geral” para o efeito ⁽¹⁰⁰⁷⁾.

Da mesma forma, no sector dos serviços postais, apesar de a referência feita no artigo 24.º, número 1, alínea b) da Lei n.º 17/2012 a uma autorização geral para a prestação de serviços postais não abrangidos pelo âmbito do serviço universal, não estamos também perante um verdadeiro e próprio acto administrativo. Com efeito, tal como acontece no sector das comunicações electrónicas também esta autorização decorre directamente da lei.

Aliás, basta atentar no que se dispõe no artigo 27.º, número 1 do mesmo diploma, em relação à licença individual, que é expressamente definida como sendo uma permissão administrativa a emitir através de acto do ICP-ANACOM, previamente ao início da actividade, para concluir que não se encontra idêntica consagração legal no caso da autorização geral.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Pode, de qualquer forma, e se assim o entender, requerer a passagem da declaração, através da intimação para a passagem de certidões (cfr. artigos 104.º e segs. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Não existe, portanto, também neste caso, qualquer manifestação de vontade da parte do ICP-ANACOM (nem expressa, nem tácita).

Por outro lado, e à semelhança também do que acontece no sector das comunicações electrónicas, relativamente à declaração prevista no artigo 21.º, número 5 da Lei n.º 5/2004, a declaração comprovativa da inscrição da entidade notificante no registo dos prestadores de serviços postais que deve ser feita pelo ICP-ANACOM nos termos do artigo 35.º da Lei n.º 17/2012 é, igualmente, um acto meramente verificativo.

Respondendo agora à pergunta que formulámos no título deste capítulo, diremos que, apesar de tudo, a autorização (e em geral os actos autorizativos) não se encontra “em crise” e isto independentemente de interpretarmos esta pergunta no sentido de que os actos autorizativos estão em vias de desaparecer ou, antes, no sentido de que a modalidade de controlo administrativo prévio (como são as autorizações, mas não só) está em vias de acabar.

Em relação ao primeiro aspecto, continua a justificar-se, em relação a certas actividades privadas de interesse público (nomeadamente aquelas que podem constituir um risco para a segurança ou para a saúde de pessoas ou de bens ou em que é necessário assegurar a protecção de outros interesses públicos igualmente importantes para a vida em colectividade, como a segurança do abastecimento ou a protecção do meio ambiente), a existência de um controlo público de signo autorizativo de forma a verificar se o particular reúne as condições necessárias para exercer aquela mesma actividade. Não basta, portanto, ao particular ser titular do direito de iniciativa económica, tem também de demonstrar que é capaz de o exercer de forma a prosseguir os interesses públicos que ao Estado cumpre assegurar.

Nestes casos, não será suficiente um controlo preventivo privado (como acontece, por exemplo, com as comunicações de início de actividade sem prazo), sendo exigível também um controlo preventivo público.

Relativamente ao segundo aspecto, embora os controlos administrativos prévios sejam, à partida, mais “intensos” do que os controlos administrativos “a posteriori”, a verdade é que mesmo alguns dos “novos” actos administrativos de controlo continuam a representar uma forma de controlo prévio (caso do registo prévio na comercialização de electricidade e de gás natural), embora com um grau de discricionariedade reduzido e um procedimento administrativo mais simplificado do que os tradicionais actos de autorização.

A evolução recente nos sectores de serviços económicos de interesse geral demonstra, no entanto, uma tendência não só para a diminuição dos controlos públicos (substituindo-os, nalguns casos, por controlos privados), como para a substituição dos actos administrativos de controlo prévio por controlos *a posteriori*

quando estejam em causa actividades exercidas em regime de concorrência e, nomeadamente, quando existam outros tipos de controlos públicos (através de outros instrumentos regulatórios).

Estas transformações são consequência não só de uma nova relação entre o Estado e a sociedade (reconhecendo-se um amplo direito de iniciativa económica privada), mas, sobretudo, da necessidade de fazer com que a regulação pública respeite o equilíbrio necessário ao correcto funcionamento dos mercados, servindo em última análise para defender os interesses dos consumidores e proteger a colectividade em geral, em vez de proteger determinados grupos económicos em particular.

A nova forma de encarar o Estado e o seu papel regulador tem, assim, indiscutivelmente, também consequências ao nível da evolução dos instrumentos jurídicos tradicionais do Direito Administrativo, como fica, de resto, evidenciado pelos capítulos anteriores.

Neste contexto, não só se assiste a uma evolução da figura do acto administrativo (designadamente quanto às suas funções), conforme referimos atrás, como se verifica, cada vez mais, um maior protagonismo das verificações constitutivas (como o registo prévio), bem como de meros actos verificativos (certidões, declarações, verificações).

Assiste-se igualmente a uma opção, quando estejam em causa actividades exercidas em regime de mercado, por actos de conteúdo vinculado quando existam menos interesses a precisar de ponderação, havendo nesse caso, também, uma menor necessidade de intervenção administrativa (o que dá lugar a um controlo mais “suave”), e por actos discricionários quando existam interesses públicos particularmente importantes, em que se torna necessário conceder uma maior margem de apreciação à Administração de modo a ponderar os diversos interesses em presença.

Estes sinais recentes devem ser, pois, interpretados como formas de “descomplexificação” da actividade administrativa, as quais devem ter, no entanto, sempre em conta os interesses públicos em presença, de modo a eliminar as tentações de uma desregulação *desregulada*.

4.1.3. Algumas questões a propósito da modificação dos actos administrativos de controlo

Nunca talvez como hoje a norma do artigo 266.º, número 1 da Constituição se mostrou tão determinante: *“a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”*.

Ora, a questão que se coloca perante o novo modelo de Estado Regulador é precisamente “como” equilibrar a prossecução de interesses públicos sujeitos a constante mutação (cuja responsabilidade cabe primeiramente ao Estado, mas indirectamente também aos operadores privados) com o respeito pelos interesses privados (dos operadores). Em última análise, jogam-se aqui valores contrapostos como o princípio da prossecução de interesses públicos “actuais” e os princípios da estabilidade das relações administrativas e da segurança jurídica, na sua vertente de protecção da confiança.

Deste modo, perante um cenário em que se assiste a constantes mudanças legislativas (a maior parte das quais impostas por via externa, através da União Europeia), mas também a alterações económicas e sociais que se projectam sobre a regulação dos sectores económicos de interesse geral, o tema da modificação de actos administrativos ganha uma nova importância.

Com efeito, enquanto as actividades eram consideradas públicas e, como tal, reservadas ao sector público (sendo prestadas ou desenvolvidas por entidades públicas), a questão da alteração do sentido ou do rumo do interesse público era resolvida através das relações de hierarquia, tutela ou superintendência, dentro das diversas estruturas administrativas ⁽¹⁰⁰⁸⁾.

No novo quadro, em que as actividades são privadas, sendo prestadas por privados, embora sujeitas a regulação pública, nomeadamente através do controlo do seu acesso e fiscalização das condições do seu exercício - o qual assume, frequentemente (mas não só), a forma jurídica de acto administrativo -, a superveniência de “novos” interesses públicos *recoloca* a análise destas questões ao nível do tema da modificação dos actos administrativos de controlo que titulam esse mesmo exercício.

Por modificação entendemos aqui um conjunto bastante heterogéneo de situações que, em comum, têm o facto de implicarem, de alguma forma, uma alteração (em sentido desfavorável ao seu destinatário) do complexo de direitos e deveres que

⁽¹⁰⁰⁸⁾ Ou, nos casos de concessões administrativas a privados, através do regime da modificação dos contratos administrativos (cfr. art. 180.º do Código do Procedimento Administrativo, entretanto revogado pelo art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

integram um determinado acto administrativo anterior. Podemos estar, assim, perante situações de revogação (que implicam a extinção, total ou parcial, de efeitos jurídicos de um acto administrativo) ou, tão só, perante situações de modificação em sentido estrito (que envolvam a restrição ou ablação a direitos) ⁽¹⁰⁰⁹⁾.

Em qualquer caso, é sempre uma mudança de “rumo” do interesse público que justifica uma modificação do acto administrativo, ou melhor dos seus efeitos. Deste modo, a nossa análise terá em consideração apenas as situações de modificação de actos administrativos válidos.

Em causa está, portanto, a problematização da tendência estabilizadora das relações jurídico-administrativas que é reconhecida aos actos favoráveis ⁽¹⁰¹⁰⁾ - como vimos que são, pelo menos em parte, os actos administrativos de controlo ao permitirem o exercício, por um particular, de uma determinada actividade económica até aqui reservada ao sector público.

Ora, a reapreciação do mérito ou da conveniência do acto face a um interesse público actual pode ter na sua origem quer uma alteração da situação de facto sobre a qual o acto incidiu inicialmente, quer uma alteração do quadro legal em vigor.

No caso da alteração de facto, terá de tratar-se de uma alteração que não ponha em causa os pressupostos de facto ou os requisitos legais que estiveram na origem da prática do acto, hipótese em que o mesmo padeceria de invalidade superveniente. Estão, assim, em causa apenas situações em que o interesse público que esteve por detrás da prática de um determinado acto administrativo se *desactualizou*, o que pode levar as autoridades reguladoras a imporem aos operadores novos encargos ou novos deveres de acordo com os “novos” interesses públicos vigentes ou, no limite, a revogar o acto. Por exemplo, antecipando uma crise mundial de abastecimento de combustíveis, os operadores dos serviços de transportes ferroviários podem ser obrigados a utilizar novas tecnologias, mais limpas, para efectuarem os seus serviços

⁽¹⁰⁰⁹⁾ No limite, os actos de modificação também têm efeitos revogatórios simultaneamente com efeitos modificativos. No entanto, ao contrário da revogação, na modificação mantêm-se os efeitos do acto, ainda que alterados (enquanto na revogação os mesmos se extinguem). Em todo o caso, à alteração (modificação) e substituição de actos administrativos aplica-se o regime da revogação (cfr. art. 147.º do Código do Procedimento Administrativo).

⁽¹⁰¹⁰⁾ Preferimos esta expressão à expressão “actos constitutivos de direitos” consagrada no art. 140.º, al. b) do Código do Procedimento Administrativo e isto por duas razões. Por um lado, porque, conforme veremos melhor adiante, os actos administrativos de controlo não configuram verdadeiros actos constitutivos de direitos, mas também porque entendemos, com MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, que semelhante terminologia se revela, nalguns casos, completamente inadequada à sua função. Com efeito, do que se trata no art. 140.º, al. b) é de “*em homenagem ao princípio da tutela da confiança, restringir a revogabilidade dos actos favoráveis válidos, incluindo aqueles que não constituem quaisquer direitos (por exemplo, os que permitem o exercício de direitos, ampliam vantagens ou eliminam desvantagens)*” (MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, op. cit., p. 100).

de transporte. Da mesma forma, e face a uma hipotética mudança da política de comunicações electrónicas nacional, os operadores dos serviços de comunicações electrónicas poderiam ser obrigados a ter de reduzir as suas áreas geográficas de actuação.

Em relação à alteração do quadro legal em vigor, a mesma pode ser imposta, conforme referimos atrás, a partir do exterior, nomeadamente pela União Europeia (através, por exemplo, de uma directiva ou de um regulamento comunitário), ou pode resultar, pura e simplesmente, da aprovação de um novo regime legal ou de uma alteração ao regime em vigor aprovada pelos órgãos legislativos nacionais competentes.

Será o caso, por exemplo, de uma alteração legislativa por via da qual uma actividade deixa de ser exercida em regime de monopólio, passando a ser exercida em regime de mercado, ou por via da qual se extingue uma determinada actividade económica, ou se reduz o seu âmbito ⁽¹⁰¹¹⁾. Em qualquer uma destas situações, semelhantes alterações legislativas acabam por se repercutir necessariamente nas situações jurídicas dos particulares que se encontrem tituladas por um acto administrativo, nomeadamente na licença ou na autorização para o exercício da actividade que, entretanto, foi liberalizada, extinta ou, simplesmente, reduzida.

Estas situações particulares são, normalmente, disciplinadas pelo acto legislativo “modificativo”, designadamente prevendo-se a compensação dos particulares cujos direitos tenham resultado, de alguma forma, lesados em virtude da entrada em vigor do novo regime legal ou então exceptuando-se a aplicação do novo regime às situações anteriormente constituídas (regime transitório).

Para além destes casos, verificam-se ainda outras situações em que a lei prevê expressamente, desde logo, e de forma abstracta, uma reserva de alteração legislativa em relação a certos actos administrativos ⁽¹⁰¹²⁾.

⁽¹⁰¹¹⁾ Foi o que se passou com as licenças de comercialização de último recurso de gás natural (retalhistas) e de electricidade, com a aprovação da extinção, parcial, das tarifas reguladas de venda de gás natural e de electricidade, respectivamente (cfr. Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de Junho e Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro) e mais recentemente com a aprovação da extinção das restantes tarifas reguladas ainda em vigor operada pelos Decretos-Lei n.º 74/2012 (gás natural) e 75/2012 (electricidade), ambos de 26 de Março, que vieram implicar uma alteração do âmbito da actividade de comercializador de último recurso, restringindo-a, no futuro, apenas ao fornecimento para satisfação das necessidades dos clientes finais economicamente vulneráveis.

⁽¹⁰¹²⁾ É o que se passa, designadamente, no art. 31.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, onde se prevê que as licenças para a prestação de serviços postais abrangidos no âmbito do serviço universal podem ser alteradas pela entidade reguladora na decorrência da publicação de normas que venham a ser aprovadas e que consagrem exigências e condições não previstas à data da sua atribuição, de acordo com os princípios da prossecução do interesse público e da proporcionalidade. Da mesma forma, estabelece-se igualmente na cláusula 16.ª da Portaria n.º 1213/2010, de 2 de Dezembro (Anexo III) que as condições da

Existem, no entanto, situações em que a lei nada diz e são essas que naturalmente levantam maiores problemas.

Qualquer uma destas situações (alteração dos pressupostos de facto ou do quadro legal vigente que implicam uma modificação de acto administrativo anterior) não é, naturalmente, exclusiva do modelo de Estado Regulador.

O particular contexto de progressiva liberalização dos sectores de interesse económico geral, bem como a natureza das actividades desenvolvidas pelos particulares nestes sectores (actividades privadas de interesse público) levam-nos, no entanto, a questionar até que ponto as soluções até agora discutidas pela nossa doutrina para estas situações se mostram completamente adequadas a estas novas realidades.

A análise tradicional destas situações tende a ser feita a partir do disposto no artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo (cuja epígrafe é “revogabilidade dos actos válidos”), considerando em particular o regime de revogação dos actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos.

Ora, como se sabe, estes actos constituem uma das excepções ao princípio geral da revogabilidade dos actos administrativos válidos, sendo declarados irrevogáveis pela lei (salvo na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários ou quando todos os interessados tenham dado a sua concordância à revogação do acto). Semelhante excepção tem sido, porém, alvo de várias críticas pela parte da nossa doutrina, entendendo-se que a mesma se afigura excessiva.

Com efeito, tem-se entendido que a opção do nosso legislador, ao privilegiar a estabilidade jurídica das posições jurídicas dos particulares, acaba por “*desvalorizar o interesse público e menosprezar a dinâmica própria da actividade administrativa*”⁽¹⁰¹³⁾. Deste modo, a doutrina tem procurado ensaiar algumas propostas de “redução” do âmbito de aplicação daquela excepção.

Uma dessas propostas passa por uma interpretação restritiva do próprio conceito de actos constitutivos de direitos. Neste sentido, ROBIN DE ANDRADE definiu o acto constitutivo de direitos como “*o acto administrativo, juridicamente eficaz, que directamente atribui a terceiros poderes jurídicos destinados a garantir interesses*

licença de distribuição local de gás natural poderão ser alteradas pelo concedente de molde a compatibilizá-las com legislação comunitária que venha a ser publicada e na estrita medida da conformação do seu texto às disposições daquela legislação. Neste caso, vai-se ainda mais longe referindo-se, desde logo, que no caso de as condições serem alteradas, a licenciada não poderá exigir do Estado qualquer tipo de compensação, salvo no caso de alteração do prazo da licença.

⁽¹⁰¹³⁾ JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, “A “revisão” dos actos administrativos no direito português”, Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação, INA, n.º 9/10, Janeiro-Junho, 1994, p. 196.

particulares, certos e determinados”⁽¹⁰¹⁴⁾, enquanto PEDRO GONÇALVES reconduz o conceito “apenas” aos “(...) *actos ampliativos ou favoráveis, que alargam a esfera jurídica do administrado, nela incrustando, de forma estável, uma qualquer posição jurídica vantajosa de carácter duradouro*”⁽¹⁰¹⁵⁾.

Existe, no entanto, quem defenda, mesmo perante situações em que os particulares estejam de boa fé e, portanto, tenham uma confiança legítima na estabilidade dos efeitos de um determinado acto, que casos há em que o interesse público tem de prevalecer sobre os interesses privados do particular. Como refere FREITAS DO AMARAL, “(...) *demonstrada, fundamentadamente, a existência, numa concreta situação da vida, de um interesse público cuja satisfação deva, à luz de um juízo de ponderação (vertente do equilíbrio do princípio da proporcionalidade), prevalecer sobre o interesse privado de um particular na manutenção do acto, por um lado, e, por outro, desde que se garanta ao particular de boa fé o pagamento de uma justa indemnização pecuniária (existindo prejuízos relevantes), é legalmente possível, em face do artigo 140.º do CPA, a revogação de um acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos*”⁽¹⁰¹⁶⁾. Aliás, estas situações não seriam, de resto, muito diferentes do que se passa com figuras como a expropriação por utilidade pública ou com o regime da rescisão unilateral dos contratos administrativos por imperativo de interesse público⁽¹⁰¹⁷⁾.

Mais recentemente, CARLA AMADO GOMES veio também sustentar, a propósito dos actos autorizativos concretizadores de deveres de protecção do ambiente, a possibilidade de revisão dos mesmos com base na teoria da imprevisão e num princípio da fungibilidade entre o acto administrativo e o contrato administrativo. A Autora distingue as situações de modificação unilateral do acto de acordo com uma releitura discricionária do quadro dos interesses públicos em jogo e da melhor forma de os prosseguir, das situações de verdadeira “revisão” que operam na base de uma alteração dos pressupostos objectivos do acto ou da actualização do juízo científico

⁽¹⁰¹⁴⁾ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação dos actos administrativos*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 86 e segs..

⁽¹⁰¹⁵⁾ PEDRO GONÇALVES, “Revogação”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, volume VII, Lisboa, 1996, p. 314. No mesmo sentido, FILIPA URBANO CALVÃO defende que “(...) *a estabilidade do acto administrativo só deve prevalecer quando os particulares afectados (o destinatário ou terceiros) hajam confiado na perduração dos direitos ou interesses constituídos, na estrita medida dessa confiança, e enquanto esta for digna de protecção*” (“Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, p. 41).

⁽¹⁰¹⁶⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., p. 486.

⁽¹⁰¹⁷⁾ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, “Revogação”, op. cit., p. 317, VIEIRA DE ANDRADE, “A “revisão” dos actos administrativos no direito português”, op. cit., p. 197 e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, Julho-Agosto 2001, pp. 39 e segs..

incidente sobre estes ⁽¹⁰¹⁸⁾. Deste modo, escreve, “no silêncio da lei sobre o problema da alteração dos pressupostos de facto do acto administrativo, julgamos que a consagração da teoria da imprevisão como princípio geral de Direito no Código Civil, aliada à equivalência formal entre o acto e o contrato estabelecida no CPA, possibilita o apelo a um mecanismo de revisão do acto modal (materialmente contratual, portanto) fundado na superveniência de factores de risco desconhecidos à data da modelação inicial da relação autorizativa, bem como na disponibilização de novas técnicas de minimização de riscos já conhecidos” ⁽¹⁰¹⁹⁾.

As posições que defendem a possibilidade de revogação dos actos administrativos constitutivos de direitos por motivo de reavaliação do interesse público ou de acordo com os pressupostos da teoria da imprevisão são, no entanto, também alvo de críticas, afirmando-se nomeadamente que “(...) uma adequada conformação material de situações jurídicas pela Administração – uma conformação concretizadora de todos os bens em presença segundo o seu peso nas circunstâncias que se apresentam – subsequentemente a anterior conformação “mais favorável” não pode, pelo menos em regra, ter lugar independentemente de específica norma habilitadora que infirme o estatuído no artigo 140.º do CPA, sob pena de negar qualquer peso aos princípios subjacentes à precedência de lei (ou, de outro modo, aos fundamentos garantístico e democrático da reserva de lei)” ⁽¹⁰²⁰⁾.

Em nossa opinião, porém, nenhuma destas soluções se mostra capaz de abarcar a nova realidade trazida pelos actos administrativos de controlo de actividades privadas de interesse público. Porquê?

Com efeito, é preciso não esquecer que estes actos administrativos não se limitam a permitir o exercício de uma qualquer actividade privada (como acontece com a grande maioria dos actos constitutivos de direitos). Em causa estão *actividades privadas de interesse público*, ou seja, actividades que não se encontram na completa disponibilidade dos particulares, que o mesmo é dizer que os particulares não podem prosseguir estas actividades como entenderem conveniente.

Neste sentido, entendemos que os actos administrativos de controlo que permitem o exercício de actividades privadas de interesse público, apesar de serem actos constitutivos não são apenas (nem sobretudo) actos constitutivos de direitos, o que afasta, desde logo, a aplicação do disposto no artigo 140.º, alínea b) do Código do Procedimento Administrativo a estas situações.

⁽¹⁰¹⁸⁾ CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 712.

⁽¹⁰¹⁹⁾ Idem, p. 716.

⁽¹⁰²⁰⁾ LUIS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Notas sobre a alteração das licenças urbanísticas”, *Revista do Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, n.º 14/15, 2009, p. 20.

Efectivamente, tão ou mais importante do que o reconhecimento do direito ou da permissão para o seu exercício é a obrigação que impende, paralelamente, sobre o particular de prosseguir o(s) interesse(s) público(s) ligado(s) àquela actividade. A actividade desenvolvida pelo particular encontra-se, assim, subordinada, em primeiro lugar, à satisfação do interesse público e só depois à satisfação do interesse privado do operador.

O acto administrativo de controlo é, deste modo, o título que, permitindo ao particular prosseguir aquela actividade (exercendo os correspondentes direitos de iniciativa privada e de propriedade), lhe impõe, simultaneamente, face à natureza da actividade, a sujeição a determinadas obrigações ligadas à prossecução do interesse público, nomeadamente continuidade, regularidade, igualdade de acesso, universalidade, adaptação ao progresso técnico e controlo de preços. Essa sujeição verifica-se sempre, independentemente de a mesma ser expressa (no próprio acto) ou não. Com efeito, a referida sujeição é inerente à própria noção de serviço de interesse económico geral ⁽¹⁰²¹⁾.

Se a actividade desenvolvida pelo particular se encontra subordinada à prossecução do interesse público, antes mesmo do interesse privado do operador, significa isto que qualquer mutação no referido interesse público (que determinou a aprovação do acto) deverá determinar, em princípio, também uma modificação do acto que titula o exercício da actividade em causa, na estrita medida necessária à satisfação do novo interesse público.

O poder de modificação (unilateral) destes actos administrativos de controlo, que pode incluir a sua própria revogação, justifica-se, de resto, atendendo ao próprio conteúdo da função de regulação, qual seja o de orientar, supervisionar, fiscalizar o exercício de actividades privadas que interessam à colectividade, de forma a assegurar, em cada momento, que o mesmo é feito de acordo com o interesse público. Ora, essa função de regulação estaria, à partida, limitada se se entendesse que a mesma se restringiria apenas ao momento da prática do acto, não podendo ser exercida posteriormente quando, porventura, a mesma se revela tão ou mais necessária.

Deste modo, os actos administrativos de controlo, como verdadeiros instrumentos regulatórios que são, regulam *todos* os momentos da actividade desenvolvida pelos particulares, o que se explica atendendo, precisamente, à especial natureza das actividades envolvidas. Isto só será, no entanto, possível se as

⁽¹⁰²¹⁾ A qual corresponde, justamente, a um conceito objectivo de serviço público, ou seja, independente da natureza jurídica de quem prossegue a actividade, focando-se apenas na sua missão de satisfação de necessidades colectivas de interesse geral.

autoridades reguladoras tiverem possibilidade de “actualizar” o conjunto de direitos e de deveres que fazem parte dos mesmos (incluindo determinar a cessação dos seus efeitos) considerando as circunstâncias concretas de cada momento, em particular, a evolução do interesse público num contexto que é, só por si, fonte de permanentes mudanças: o mercado.

Deste modo, os actos administrativos de controlo de actividades de interesse geral não têm apenas, nem sequer principalmente, uma função permissiva, desempenhando, sobretudo, uma função de controlo do exercício daquelas actividades, tendo em vista os objectivos da regulação postos a cargo do Estado, função essa que não se esgota, no entanto, no momento da emissão do acto.

Uma das consequências deste entendimento passa justamente, em nossa opinião, pela admissibilidade da modificação (incluindo a revogação) de actos administrativos de controlo válidos quando o interesse público da regulação isso impuser. Isto aplica-se, apenas, no entanto, aos actos administrativos de controlo discricionários, uma vez que em relação aos actos administrativos de controlo vinculados a sua irrevogabilidade resulta da própria lei (¹⁰²²).

A nossa posição tem de ser, no entanto, ainda objecto de alguns esclarecimentos adicionais.

O primeiro dos quais para referir que, naturalmente, uma modificação de um acto administrativo de controlo que implique, nomeadamente, novos deveres ou novos encargos para um determinado particular deve ter sempre em conta a posição jurídica de outros sujeitos que se encontrem na mesma situação (fáctica e jurídica) daquele particular. Isto é especialmente relevante quando se trate de actividades económicas exercidas em regime de concorrência.

Deste modo, qualquer modificação deve ter sempre em consideração a posição dos outros operadores a actuar naquele mesmo mercado, seja para aprovar alterações iguais, seja para justificar a existência de um tratamento diferenciado entre os distintos operadores (princípio da igualdade).

Por outro lado, o acto modificativo deverá ter, em princípio, apenas eficácia *ex nunc*, ou seja, não põe em causa os efeitos que o acto já tenha produzido anteriormente (artigo 145.º, números 1 e 3 do Código do Procedimento Administrativo).

(¹⁰²²) Como será, por exemplo, em princípio, o caso do acto de registo prévio do qual depende o exercício de uma determinada actividade. Com efeito, a prática deste acto estará, normalmente, condicionada apenas à verificação, no caso concreto, dos pressupostos de que a lei faz depender o reconhecimento do direito ou da permissão administrativa, não envolvendo qualquer apreciação discricionária.

Não obstante o que acabámos de escrever, admitir a modificação de actos administrativos de controlo válidos em termos absolutos poderia implicar, em última análise, que o particular teria sempre de se sujeitar a qualquer invocação do interesse público feita pela Administração. Rejeitamos naturalmente semelhante entendimento, até porque o mesmo poderia ter como consequência fazer do operador refém de uma qualquer concepção de interesse público da Administração.

Deste modo, e não obstante o acto modificativo ser, neste caso, um acto discricionário, a autoridade reguladora terá sempre de fundamentar qualquer alteração do interesse público que invoque como motivo para a modificação de um determinado acto administrativo de controlo anterior, ficando ainda obrigada a demonstrar que a solução que propõe respeita os princípios jurídicos fundamentais, designadamente o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade.

É preciso ter presente, porém, que nos encontramos perante actividades que, regra geral, exigem avultados investimentos (nomeadamente quando impliquem a construção ou instalação de determinadas infra-estruturas). Assim, e ainda que a posição que defendamos determine uma prevalência do interesse público sobre os interesses privados dos operadores – ponderação essa que, aliás, já se encontra presente no próprio acto administrativo inicial -, deverá sempre considerar-se a possibilidade, a menos que exista uma reserva válida de alteração legislativa posterior, de indemnização do particular pelos danos que demonstre sofrer com a referida modificação, mesmo que esta se mostre devidamente justificada à luz de uma alteração superveniente do interesse público. Com efeito, entender de outro modo seria transferir para o particular todo o risco pela prossecução do interesse público o que nos parece ser manifestamente excessivo ⁽¹⁰²³⁾.

Finalmente, o facto de defendermos que os actos administrativos de controlo podem ser modificados por motivo superveniente de interesse público não significa que consideremos os mesmos como actos precários. Por acto administrativo precário entende-se o acto que *“(...) estabelece a regulação de uma situação individual e concreta, com efeitos jurídicos externos, salvaguardando, porém, o poder de definir*

⁽¹⁰²³⁾ Aplica-se, neste caso, o regime da responsabilidade civil extracontratual por facto lícito, de acordo com o qual: *“o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”* (cfr. art. 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas).

com conteúdo diferente aquela situação, sempre que o interesse público o reclame (...)”⁽¹⁰²⁴⁾.

Ora, ao contrário do que acontece com os actos administrativos precários, em que a possibilidade de alteração posterior do acto resulta do seu próprio conteúdo⁽¹⁰²⁵⁾, no caso dos actos administrativos de controlo de actividades privadas de interesse público essa possibilidade de alteração é inerente à própria função do acto (regulação da actividade), não resultando do seu conteúdo.

As situações de modificação de um acto administrativo anterior, com fundamento numa alteração dos pressupostos de facto que levaram à sua emissão, motivada por uma diferente configuração do interesse público, devem distinguir-se, no entanto, das modificações impostas em virtude de uma alteração legislativa posterior.

Com efeito, ao contrário do que acontece naquele caso, em que o acto administrativo modificativo é discricionário (desde logo quanto à decisão da sua prática), nesta situação o acto que aprova a modificação é um acto vinculado.

Efectivamente, perante a manifestação de vontade do legislador, à Administração não resta senão retirar da mesma todas as consequências⁽¹⁰²⁶⁾, nomeadamente modificando ou revogando os actos administrativos que se mostrem desconformes com o regime legal entretanto aprovado.

Podemos, assim, concluir que a (“nova”) função de regulação do Estado – que consiste em orientar e supervisionar as actividades desenvolvidas por privados que satisfazem necessidades colectivas, tendo em consideração determinados objectivos económicos e sociais – afasta a aplicação aos actos administrativos de controlo de actividades privadas de interesse público do regime jurídico da irrevogabilidade de actos favoráveis constante do artigo 140.º, alínea b) do Código do Procedimento Administrativo.

Nestes casos, o respeito pelo princípio da protecção da confiança, inerente ao regime do Estado de Direito, traduz-se na possibilidade de indemnização dos particulares quando se demonstre a existência de danos especiais e anormais na sua esfera jurídica.

A especial natureza das actividades em causa – que não são puras actividades privadas – assim o exige.

⁽¹⁰²⁴⁾ FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo. Sua natureza e admissibilidade. As garantias do particular*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 27.

⁽¹⁰²⁵⁾ Com efeito, de acordo com FILIPA URBANO CALVÃO, o acto precário corresponde a um acto administrativo que integra no seu conteúdo eventual uma condição resolutiva potestativa pública (FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo. Sua natureza e admissibilidade. As garantias do particular*, ob. cit., p. 105).

⁽¹⁰²⁶⁾ Partimos do pressuposto de que nos encontramos perante um acto legislativo conforme à Constituição.

Assim se explica, aliás, também a utilização da revogação como sanção para os casos de incumprimento, pelos particulares, dos deveres e obrigações que impendem sobre os mesmos no prosseguimento das referidas actividades. Efectivamente, existem diversos exemplos nos sectores que temos estado a analisar de casos de revogação-sanção, inclusivamente de situações em que se prevê a revogação como sanção pelo incumprimento de encargos modais. É o que se passa, designadamente, no sector do gás natural, em que se estabelece a possibilidade de revogação da licença de distribuição local sempre que o seu titular falte, culposamente, ao cumprimento das condições estabelecidas, nomeadamente no que se refere à regularidade, à qualidade e à segurança da prestação do serviço ⁽¹⁰²⁷⁾. Outros exemplos podem também encontrar-se no sector dos serviços postais ou no sector dos transportes ferroviários ⁽¹⁰²⁸⁾.

A consagração legal da possibilidade de revogação de um acto administrativo nestas situações (o que, de alguma forma, constitui uma novidade no nosso ordenamento jurídico-administrativo) não é mais, no entanto, do que uma consequência das especiais responsabilidades que os operadores privados têm em matéria de prestação de serviços essenciais para a colectividade e que distinguem, precisamente, estas actividades das actividades puramente privadas, justificando as soluções que propusemos acima em matéria de modificação de actos administrativos de controlo.

As conclusões a que chegámos neste capítulo dedicado ao acto administrativo são bastante elucidativas das mudanças que a teoria da regulação de serviços de interesse económico geral infligem à dogmática tradicional do Direito Administrativo, quer impondo novas categorias (acto administrativo de controlo), quer revolucionando distinções tradicionais (como a distinção entre autorização e concessão) ou regimes jurídicos (como o regime da revogação de actos administrativos) e que não são mais do que uma consequência do novo modelo de Estado Regulador – que se caracteriza, precisamente, por os serviços passarem a ser prestados por privados, em regime de mercado, o que leva o Estado, por sua vez, a ter de se adaptar, encontrando formas jurídicas que lhe permitam garantir que os operadores privados cumprem as missões de serviço público que lhes estão confiadas.

Esta necessidade de adaptação traduz-se, assim, as mais das vezes, no aparecimento de novos instrumentos jurídicos ou no ajustamento dos regimes jurídicos

⁽¹⁰²⁷⁾ Cfr. art. 28.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho.

⁽¹⁰²⁸⁾ Cfr. art. 33.º, n.º 2 da Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril e art. 17.º, n.º 1, alíneas d), f), g), h), j), l) e m) do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho, respectivamente.

em vigor e, com isso, assiste-se a uma evolução do Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito especialmente vocacionado para o tratamento destas matérias.

5. O Contrato à luz da teoria da regulação

No modelo de Estado Social de Direito até aqui vigente, em que as actividades ligadas aos tradicionais serviços públicos económicos eram consideradas públicas, no sentido de reservadas ao Estado, o contrato de concessão de serviços públicos tinha um papel extremamente relevante, ao permitir a transferência (ainda que provisória) da responsabilidade pelo exercício de uma determinada actividade pública para um privado.

No novo contexto de liberalização e de privatização de serviços económicos de interesse geral deixa, no entanto, de ser assim. Isto não significa que deixem de existir contratos de concessão de serviços públicos – continuam a existir, aliás, vários exemplos de recurso a esta figura jurídica, inclusivamente nos sectores regulados -, mas, apenas, que a nova responsabilidade pública de garantia dá lugar ao aparecimento de uma nova figura contratual, devidamente contextualizada: os contratos regulatórios.

Esta categoria de contratos é relativamente heterogénea abarcando quer contratos envolvendo entidades públicas e entidades privadas, quer contratos celebrados entre meros privados e em que não está em causa propriamente o exercício de uma função administrativa (nomeadamente contratos entre operadores ou entre operadores e clientes).

Trata-se, porém, de uma categoria que é indiferente às querelas antigas em torno dos critérios de distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado porque, pura e simplesmente, parte de uma diferente concepção acerca da função do contrato.

Com efeito, enquanto ali o contrato surge fundamentalmente como um *meio* ao dispor da Administração para *executar* os fins de interesse público que a lei põe a seu cargo (identificando-se, essencialmente, com a figura do contrato de prestação de serviços ⁽¹⁰²⁹⁾), aqui o contrato é uma *forma* de a Administração *garantir* a prossecução dos mesmos fins de interesse público.

Este modo diferente de conceber o contrato não é mais, aliás, do que uma consequência da diferente posição assumida pela Administração no novo modelo de Estado Regulador, em que à Administração prestadora sucede a Administração reguladora. Neste novo quadro, a Administração tem, assim, fundamentalmente, uma responsabilidade de garantia, enquanto a responsabilidade pela execução se encontra entregue a terceiros (nomeadamente privados), ao contrário do que acontecia com a

⁽¹⁰²⁹⁾ E dizemos essencialmente porque existem outros tipos de contratos públicos, como os que proporcionam o gozo de bens alheios de que são exemplo os contratos de utilização do domínio público.

Administração prestadora que acumulava, em simultâneo, uma responsabilidade de execução e uma responsabilidade de garantia (em relação à prestação de serviços públicos essenciais).

O contrato surge, assim, agora como um verdadeiro e próprio instrumento de regulação de actividades económicas desenvolvidas por privados, ao lado do regulamento e do acto administrativo. Enquanto estes traduzem, porém, uma forma unilateral de regulação, marcadamente autoritária, os contratos regulatórios correspondem a uma forma de regulação que, sendo bilateral, pressupõe uma certa concertação entre as autoridades reguladoras e os próprios regulados, sendo, portanto, um instrumento mais flexível, podendo mesmo constituir, em certas situações, uma alternativa a formas de regulação pública directa através das entidades reguladoras. Com efeito, quando ambas as partes contratantes são privadas, a intervenção das autoridades públicas será apenas indirecta, estabelecendo nomeadamente os direitos e deveres das partes contratantes tendo em vista o bom funcionamento do mercado. Num caso temos, portanto, hetero-regulação pública, enquanto no outro auto-regulação privada sujeita a controlo público.

Nestas novas vestes, a figura do contrato tende, no entanto, a afastar-se da sua concepção tradicional enquanto instrumento baseado na autonomia privada das partes contratantes. Efectivamente, ao surgir como uma técnica de controlo social, o contrato regulatório (mesmo se celebrado entre dois operadores inteiramente privados ou entre um operador e um consumidor) apresenta-se, não como um mecanismo de manifestação e, subsequente, conciliação de vontades, mas, fundamentalmente, como uma *forma de controlo* das partes nele intervenientes tendo em vista o cumprimento de objectivos e de tarefas ligadas à ordem pública económica, o que implica uma limitação da vontade das partes contratantes.

Como refere GIUSEPPE BELLANTUONO, “os direitos e as obrigações contratuais não são traçados tendo em conta exclusivamente a dinâmica interna da relação estabelecida entre as partes, mas também considerando a dinâmica externa da concorrência”⁽¹⁰³⁰⁾.

Ora, a adopção desta nova perspectiva do contrato, enquanto forma de orientação e de controlo dos mercados de serviços de interesse económico geral, traz inevitavelmente consigo um conjunto de novos desafios para a dogmática administrativa.

⁽¹⁰³⁰⁾ GIUSEPPE BELLANTUONO, “The limits of Contract Law in the Regulatory State”, *European Review of Contract Law*, volume 6, n.º 2, 2010, p. 117. De acordo com o Autor, a dimensão interna da relação contratual corresponde aos interesses privados (das partes contratantes), enquanto a dimensão externa se identifica com o interesse público (da regulação).

Desde logo, o contrato revela-se um instrumento regulatório mais flexível do que o regulamento ou o acto administrativo, o que permite combater algumas falhas da regulação, designadamente o excesso de constrangimentos ao funcionamento do mercado que resultam de uma regulação hierárquica e demasiado autoritária (típica do modelo de “command-and-control”), propondo-se, em sua alternativa, um modelo de regulação mais partilhada, em que os próprios regulados são chamados a regular ⁽¹⁰³¹⁾.

Por outro lado, para muitos regulados, a regulação através de contrato tem ainda a nítida vantagem da sua previsibilidade, ao fornecer-lhes um enquadramento regulatório particular relativamente estável (dizemos relativamente, uma vez que não deve ser posta de parte a possibilidade de serem aprovadas alterações (sejam unilaterais ou bilaterais) ao contrato). Este aspecto é, sobretudo, enfatizado em matéria de preços e de estabilidade tarifária de médio ou de longo prazo.

Acresce, que o recurso à figura contratual permite também aos reguladores conhecer melhor os regulados (pela relação de proximidade que se estabelece entre as partes) e, dessa forma, exercer a sua supervisão de modo “mais informado”.

A actuação do regulador no duplo papel de “regulador autoritário” e de parte contratante (por exemplo, quando o contrato seja celebrado entre um regulador público e regulados públicos ou no caso de alguns contratos de concessão de serviço público ⁽¹⁰³²⁾) corre, porém, o risco de se revelar “esquizofrénica”. Do mesmo modo, para além dos problemas ligados à possibilidade de exponenciação do fenómeno de captura dos reguladores pelos regulados, o contrato pode também acabar por funcionar como “*um veículo de demissão legislativa*” ⁽¹⁰³³⁾ e, conseqüentemente, implicar uma disseminação da responsabilidade regulatória, quer remetendo para as partes a regulação de aspectos que deveriam ser fixados de forma geral e abstracta, quer tornando mais difícil a assunção de responsabilidades em relação à adopção de más opções regulatórias.

Em qualquer caso, não merece dúvida que estamos perante uma figura extremamente aliciante do ponto de vista dogmático não só pela sua “novidade”, mas, sobretudo, pelas questões complexas que a mesma suscita ao Direito Administrativo. Motivos mais do que suficientes para que reservemos os próximos capítulos ao estudo dos contratos regulatórios, dedicando particular atenção à análise dos exactos

⁽¹⁰³¹⁾ É o que acontece, por exemplo, com os contratos celebrados entre os operadores ou entre estes e os seus clientes para disciplinar o acesso a infra-estruturas essenciais e em que, nomeadamente, as tarifas de uso das infra-estruturas são negociadas entre as partes, sem interferência do regulador.

⁽¹⁰³²⁾ Cfr., *infra*, capítulo 5.1.1.

⁽¹⁰³³⁾ A expressão é de JODY FREEMAN, “The Contracting State”, Florida State University Law Review, volume 28, 2001, p. 214.

contornos desta figura (capítulo 5.1) e às questões relacionadas com a sua modificação num contexto que se encontra sujeito a constante mutação (capítulo 5.2).

5.1. A figura do(s) contrato(s) regulatório(s)

A figura dos contratos regulatórios, tal como a concebemos, encontra-se indelevelmente ligada ao modelo de Estado Regulador. Aliás, de todos os *velhos* instrumentos utilizados pela Administração e cuja “adaptação” ao novo modelo de Estado já analisámos (como o regulamento e o acto administrativo), o contrato regulatório talvez seja aquele que melhor “personifique” a nova realidade trazida pelo Direito da Regulação, enquanto direito de abertura aos mercados, ao encerrar, em si, a vertente da autonomia da vontade (identificada com o neo-liberalismo económico), a par da necessária sujeição ao interesse público (e que se identifica com a regulação como forma de controlo social).

Em causa está um concreto acto bilateral (¹⁰³⁴), vinculativo, que se destina a regular o exercício de actividades ligadas à prestação de serviços de interesse económico geral, disciplinando, por isso, determinados aspectos que interessam a toda a colectividade e que ultrapassam o mero interesse das partes, os quais se prendem, em última instância, com o cumprimento dos objectivos regulatórios definidos pelas autoridades reguladoras, como a promoção da concorrência, a eliminação de assimetrias de informação, a protecção dos consumidores, entre outros.

Esses aspectos podem estar relacionados, nomeadamente, com as condições de prestação do serviço universal, com o controlo da qualidade do serviço, com os deveres de informação das partes, a segurança do abastecimento, a continuidade ou a regularidade do serviço ou com as condições de acesso a determinadas infra-estruturas essenciais. Trata-se, em qualquer caso, de aspectos que dizem respeito ao

(¹⁰³⁴) Afastamo-nos, assim, da concepção que apresenta a regulação (ela própria) como um contrato entre regulador e regulados. Neste sentido, J. GREGORY SIDAK e DANIEL F. SPULBER definem o *contrato regulatório* como o conjunto formado pelas leis que regulam os serviços públicos, os precedentes das comissões reguladoras independentes, as decisões regulatórias concretas, os regulamentos, as audições públicas (J. GREGORY SIDAK / DANIEL F. SPULBER, *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract. The Competitive Transformation of Network Industries in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 109-110. Para esta concepção, o relacionamento entre reguladores e regulados assumiria, portanto, a forma de um contrato, pelo que qualquer modificação ou violação do quadro regulatório em vigor, seria sempre vista e resolvida como se de uma modificação ao contrato ou de um incumprimento contratual se tratasse. Para a crítica a esta teoria veja-se, entre outros, OLIVER WILLIAMSON, “Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract: some precautions”, *New York University Law Review*, volume 71, 1996, pp. 1010 e segs..

funcionamento do mercado (como um todo) e que, por isso, não podem ser deixados inteiramente à autonomia das partes.

O contrato regulatório visa, portanto, incitar os regulados a adoptar um determinado comportamento, ao mesmo tempo que revela ao regulador informações (designadamente sobre os regulados) de que aquele não dispõe naturalmente, simulando, em qualquer caso, uma paisagem concorrencial que não existe na realidade ⁽¹⁰³⁵⁾.

Tendo em conta esta definição de contrato regulatório poderia ser-se levado a pensar que são partes necessárias nestes contratos uma autoridade reguladora e um ou mais regulados. Não é, no entanto, necessariamente, assim.

Com efeito, de acordo com a concepção ampla que adoptamos, alguns contratos celebrados entre os operadores de mercado ou entre estes e os seus clientes podem ser também considerados contratos regulatórios. Mas ilustremos melhor a definição com alguns exemplos de Direito positivo.

Desde logo, são exemplos de contratos regulatórios os convénios celebrados entre o ICP-ANACOM e os CTT – Correios de Portugal, SA sobre a qualidade de serviço ⁽¹⁰³⁶⁾, bem como sobre as regras para a formação de preços dos serviços postais que compõem o serviço universal ⁽¹⁰³⁷⁾. Um outro exemplo de contratos regulatórios, de acordo com a nossa definição, e que não envolve, pelo menos directamente, uma autoridade reguladora, são os contratos de uso de infra-estruturas que regulam o acesso, bem como a utilização das infra-estruturas da Rede Nacional de Transporte, Infra-estruturas de Armazenamento e Terminais de GNL ⁽¹⁰³⁸⁾ e que são celebrados entre os operadores das referidas infra-estruturas ou entre estes e os comercializadores ou entre os operadores e os (grandes) clientes.

São também exemplo de contratos regulatórios, os contratos de fornecimento celebrados entre os prestadores dos serviços e os seus clientes, pelo menos na parte em que disciplinam aspectos regulatórios. É o caso dos contratos de fornecimento de electricidade celebrados entre os comercializadores de último recurso e os seus clientes ou dos contratos celebrados entre empresas que fornecem redes ou serviços de comunicações electrónicas e os seus clientes.

⁽¹⁰³⁵⁾ BRUNO LASSERRE, “Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence”, in AAVV, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE (directão), Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2006, p. 246.

⁽¹⁰³⁶⁾ Neste momento, encontra-se em vigor o convénio celebrado em 10 de Julho de 2008.

⁽¹⁰³⁷⁾ Neste momento, encontra-se em vigor o convénio celebrado em 10 de Julho de 2008.

⁽¹⁰³⁸⁾ Cfr. artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro e Despacho n.º 24 145/2007 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 22 de Outubro de 2007, alterado pela Directiva n.º 3/2011, de 26 de Setembro da ERSE, que aprova as condições gerais do contrato de uso das referidas infra-estruturas.

Nos dois primeiros exemplos trata-se de contratos regulatórios públicos, uma vez que uma das partes contratantes é uma entidade pública, que actua ao abrigo de normas de direito público e munida de poderes de autoridade, enquanto os últimos exemplos configuram contratos regulatórios privados, celebrados entre dois meros privados.

Trata-se, portanto, de contratos que podem ter diferentes partes e diferentes objectos. O que é que têm, no entanto, em comum as diversas modalidades de contratos regulatórios?

Precisamente a sua função reguladora. Com efeito, o contrato regulatório funciona como um instrumento jurídico colocado ao serviço das entidades reguladoras para regular a actividade dos sujeitos que actuam em determinados sectores económicos tendo, desse modo, um claro conteúdo normativo. Não se trata, no entanto, de um conteúdo normativo qualquer ⁽¹⁰³⁹⁾. Em causa está a implementação de normas regulatórias que visam orientar nuns casos, dirigir ou impor noutros, a conduta das partes contratantes tendo em vista a prossecução de objectivos regulatórios (económicos e sociais) que se encontram ligados à satisfação do interesse público.

Estamos, assim, perante disposições que têm como função não só a regulação da actividade económica das partes no contrato (objecto imediato), mas também do próprio mercado em que aquelas actuam (objecto mediato).

Este último aspecto pode levantar, desde logo, uma objecção qual seja a de considerar que se assim é, os contratos regulatórios tendem a sofrer, à partida, de um défice de legitimidade, na medida em que projectam os seus efeitos em terceiros, alheios à relação contratual. Não é, no entanto, assim.

Com efeito, a protecção dos terceiros e, em última análise do próprio funcionamento do mercado como um todo, encontra-se assegurada pela intervenção que as entidades reguladoras têm nestes contratos, no papel de legítimas guardiãs do interesse público. Esta intervenção tanto pode ser directa como indirecta.

No primeiro caso, as autoridades reguladoras são elas próprias partes no contrato (forma de hetero-regulação pública), enquanto na segunda hipótese, as autoridades reguladoras apesar de não serem parte no contrato, têm uma intervenção indirecta no mesmo (forma de auto-regulação privada sujeita a regulação pública).

Em relação à primeira situação, não desconhecemos que para a maioria da doutrina a figura do contrato evoca, desde logo, uma forma de auto-regulação.

⁽¹⁰³⁹⁾ No sentido de considerar o contrato como fonte de normas jurídicas veja-se DENYS DE BECHILLON, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *Revue Française de Droit Administratif*, année 8, janvier-fevrier 1992, pp. 15 e segs..

Entendemos, no entanto, que quando uma das partes contratantes é uma entidade pública com funções de regulação, a utilização do contrato corresponderá ainda a uma forma de hetero-regulação, embora mais flexível e necessariamente menos autoritária quando comparada, por exemplo, com o acto administrativo.

Com efeito, há que reconhecer que a intervenção de uma entidade reguladora num contrato, embora seja diferente da sua actuação unilateral, uma vez que corresponde, de alguma forma, a um modelo de actuação consensual, não se confunde com a actuação de um puro privado numa situação semelhante. Efectivamente, neste caso e não obstante se adopte um modelo contratual, as partes não estão em igualdade de condições (ainda que o regulador se vincule também pelo contrato), uma vez que tendo a intervenção do regulador uma clara finalidade regulatória da actuação da sua contraparte, acabará sempre por ser uma forma de heteronomia. Os modelos de auto-regulação devem ser, assim, reservados, em nossa opinião, apenas para as situações em que são os próprios regulados a estabelecer as normas regulatórias que se lhes aplicam.

Quanto à intervenção indirecta das autoridades reguladoras, a mesma pode assumir diferentes modalidades, desde o estabelecimento dos termos e das condições dos contratos, nomeadamente aprovando as condições gerais dos mesmos ⁽¹⁰⁴⁰⁾, passando pela aprovação dos contratos, após a sua celebração ⁽¹⁰⁴¹⁾, ou pela supervisão do seu cumprimento ⁽¹⁰⁴²⁾. Outras formas de intervenção indirecta, menos intensas, são ainda a obrigação de notificação às autoridades reguladoras das

⁽¹⁰⁴⁰⁾ É o que se passa, por exemplo, no sector da electricidade e no sector do gás natural, em que os contratos de fornecimento de electricidade e de gás natural celebrados entre o comercializador de último recurso e os seus clientes se encontram sujeitos a um modelo previamente aprovado pela ERSE, aproximando-se do modelo do contrato de adesão (cfr. para o sector da electricidade, o Despacho da ERSE n.º 3 278-A/2006, de 3 de Fevereiro e para o sector do gás natural, o Despacho n.º 1550/2011 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 19 de Janeiro de 2011). O mesmo acontece com os contratos de uso das infra-estruturas naqueles sectores (cfr. para o sector da electricidade, o Despacho n.º 18899/2010 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 21 de Dezembro de 2010 e para o sector do gás natural o Despacho n.º 2145/2007 da ERSE, publicado no Diário da República, II série, de 22 de Outubro de 2007 e a Directiva n.º 3/2011 da ERSE, de 26 de Setembro).

⁽¹⁰⁴¹⁾ Como no caso dos contratos de compra e venda de energia eléctrica para fornecimento dos clientes do comercializador de último recurso (cfr. art. 73.º, n.º 3 do regulamento das relações comerciais da electricidade), o que se justifica atendendo ao facto de o preço da energia contratada influir na fixação das tarifas reguladas de venda de electricidade fixadas pela ERSE.

⁽¹⁰⁴²⁾ Cfr. art. 48.º, n.º 10 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, nos termos do qual *“a ARN pode determinar a imediata cessação da utilização dos contratos em uso pelas empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público ou a sua adaptação, quando verifique a sua desconformidade com as regras fixadas na legislação cuja aplicação lhe cabe supervisionar ou com qualquer determinação proferida no âmbito das suas competências, seguindo, para o efeito, o procedimento previsto no artigo 110.º”*.

condições contratuais adoptadas ⁽¹⁰⁴³⁾, bem como a previsão da sua intervenção na relação contratual para resolver situações de impasse entre as partes no contrato ⁽¹⁰⁴⁴⁾.

O que é que distingue, porém, os contratos regulatórios privados dos contratos privados sujeitos a regulação pública?

O primeiro aspecto prende-se, desde logo, com o facto de o contrato regulatório privado ser, ele próprio, um instrumento de regulação, ou seja, que se encontra ao serviço de determinados objectivos regulatórios definidos pelas entidades reguladoras. Deste modo, e ao contrário do que acontece com os contratos privados sujeitos a regulação pública, os contratos regulatórios privados não visam, apenas, regular a relação entre meros privados (as partes contratantes), mas têm um objectivo que vai para além disso, qual seja a realização do próprio interesse público. Assim, o cumprimento desse objectivo é assegurado pela intervenção reguladora pública.

Há que notar, porém, que não é qualquer intervenção pública (reguladora) que está aqui em causa. Com efeito, trata-se de uma intervenção que tem em vista, em última análise, a orientação de sectores económicos que apresentam características específicas, como sejam a satisfação de necessidades colectivas essenciais. Deste modo, a intervenção pública nestes contratos não é apenas uma forma de limitação da autonomia privada e da liberdade contratual (como acaba por ser, afinal, todo o Direito), mas funciona antes como uma forma de direccionar a actuação privada das partes contratantes para a prossecução de determinados objectivos que se prendem com o funcionamento do mercado, tanto no presente como no futuro, e que, portanto, vão muito para além do interesse meramente egoísta das partes contratantes.

Trata-se, portanto, ainda de uma forma de regulação pública (indirecta), apesar de os contratos terem natureza privada ⁽¹⁰⁴⁵⁾.

⁽¹⁰⁴³⁾ Veja-se, por exemplo, no sector dos transportes ferroviários, a obrigação de notificação ao IMTT dos acordos celebrados com o gestor da infra-estrutura ferroviária para o exercício dos direitos de acesso e trânsito na infra-estrutura ferroviária nacional (cfr. art. 21.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro) ou no sector da electricidade, a obrigação dos comercializadores de enviarem à ERSE as condições gerais que integram os contratos de fornecimento celebrados com os respectivos clientes (cfr. art. 207.º, n.º 5, do regulamento das relações comerciais).

⁽¹⁰⁴⁴⁾ Como acontece no sector das comunicações electrónicas em relação aos acordos celebrados entre a concessionária do serviço público de telecomunicações e as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público para acesso a condutas, postes, outras instalações e locais de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba para instalação e manutenção dos seus sistemas, equipamentos e demais recursos. Com efeito, estabelece-se no art. 21.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2004, na redacção dada pela Lei n.º 51/2011, que *“na falta de acordo, pode qualquer das partes solicitar a intervenção da ARN, à qual compete determinar, mediante decisão fundamentada, as condições do acesso, designadamente o preço, o qual deve ser orientado para os custos”*.

O facto de estarmos perante actividades de interesse geral legitima, assim, não só a intervenção das entidades reguladoras no contrato, como consente também a limitação da autonomia privada das partes contratuais em determinadas situações ⁽¹⁰⁴⁶⁾.

Efectivamente, é este especial contexto de regulação de actividades privadas de interesse público de forma a corrigir o funcionamento do mercado, impondo para tal determinadas condições à actuação dos agentes económicos, que explica que estes contratos não se limitam a regular aspectos que interessam às partes ou sequer a regulá-los apenas de acordo com os seus interesses, contendo disposições que não seriam normalmente incluídas no corpo do contrato ainda que uma das partes fosse uma entidade pública ou se apenas fossem dois privados.

O direito dos sectores regulados marca assim o regresso, em força, da ordem pública a um domínio, o dos contratos, em que os juristas pensavam que esta já se encontrava claramente em recuo ⁽¹⁰⁴⁷⁾.

Este aspecto coloca, portanto, em relevo a necessidade de fazer o correcto balanceamento dos interesses das partes contratantes com o interesse público da regulação que se reconduz, em última análise, ao interesse do bom funcionamento do mercado.

Vejamos alguns exemplos.

No caso dos contratos de uso das infra-estruturas jogam-se os interesses das partes contratantes com o interesse da regulação de monopólios naturais e, em particular, a necessidade de garantir o acesso de terceiros às redes de forma a “criar” um ambiente concorrencial; no caso dos contratos ou acordos que regulam as condições de prestação do serviço universal, ao interesse das partes contratantes contrapõe-se, por sua vez, a necessidade de garantir o acesso de todos ou de um grupo determinado de consumidores a determinados serviços, em condições de

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Adoptamos aqui a distinção entre regulação pública e regulação privada seguida por PEDRO GONÇALVES, de acordo com a qual “a *regulação pública (administrativa ou legislativa)* desenvolve-se no sentido da realização de certos objectivos públicos e de concretas finalidades definidas e identificadas em sede político-legislativa; quer isto dizer que a *regulação pública* se propõe a realização de interesses públicos, visando a promoção do welfare of the community; diferentemente, a *regulação privada* desconhece um específico telos, surgindo simplesmente como veículo de afirmação da liberdade individual e da realização de interesses privados” (“Regulação administrativa e contrato”, op. cit., p. 992).

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Essas limitações, uma vez que põem em causa direitos fundamentais como o direito de propriedade e o direito de iniciativa privada, que são direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, devem respeitar sempre determinados requisitos, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (cfr. art. 18.º da Constituição).

⁽¹⁰⁴⁷⁾ CHRISTOPHE JAMIN, “Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés”, in AAVV, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE (direcção), Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2006, p. 192.

igualdade, transparência, qualidade e a um preço acessível; finalmente, nos contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços essenciais, a autonomia das partes contratantes cede passo a preocupações relacionadas com a protecção dos consumidores, onde se inclui a necessidade de garantir a existência de um serviço regular, contínuo, de acordo com determinados níveis de qualidade, de preços e de informação sobre os serviços prestados (¹⁰⁴⁸).

Como sublinha HUGH COLLINS, “*sendo a lei geral dos contratos chamada a contribuir para os mecanismos de regulação do Estado pós-regulador, o respeito tradicional por valores liberais tais como a autonomia privada deve ser reconciliado com as exigências de justiça social e de bem-estar que motivam as instituições do Estado de bem-estar e do Estado Regulador*” (¹⁰⁴⁹).

As limitações à autonomia privada são, pois, especialmente necessárias quando estamos perante sectores tão importantes como essenciais, como são os sectores da energia ou das comunicações electrónicas, para dar apenas estes dois exemplos, em que existem determinados aspectos da relação contratual que não podem ser deixados livremente às partes.

Veja-se o que acontece com os contratos de fornecimento de energia (electricidade ou gás natural) celebrados entre os comercializadores de último recurso e os seus clientes. Com efeito, nada surge como mais evidente da limitação da liberdade contratual, na vertente de liberdade de celebração do contrato, do que a obrigação que impende sobre os comercializadores de último recurso de fornecer todos os clientes que preencham os requisitos definidos para o efeito. Da mesma forma constituem também limites à liberdade de contratar, agora na vertente de liberdade de modelação do conteúdo contratual, os condicionamentos em matéria de causas de rescisão que dificultam, por exemplo, a rescisão com base na falta de pagamento do consumidor (¹⁰⁵⁰). O mesmo acontece com os contratos de uso de infra-

(¹⁰⁴⁸) Pode ler-se, aliás, no Despacho n.º 1550/2011 da ERSE, que aprova as condições gerais dos contratos de fornecimento de gás natural a celebrar entre os comercializadores de último recurso retalhistas e os clientes com consumo anual inferior ou igual a 10000 m³, que “o contrato de fornecimento de gás natural constitui um instrumento privilegiado na informação a prestar aos consumidores. Tratando-se de um contrato de adesão cujas cláusulas contratuais gerais são pré-formuladas e não discutidas entre as partes, o qual reúne habitualmente um manancial de informação relevante para o consumidor de gás natural, que vai além da própria relação contratual estritamente considerada (ex: informação sobre a segurança na utilização do gás), justifica-se que continue a existir intervenção da ERSE neste domínio, aprovando as condições gerais que devem integrar os contratos a celebrar entre os comercializadores de último recurso retalhistas e os consumidores com consumos anuais de gás natural até 10 000 m³.”

(¹⁰⁴⁹) HUGH COLLINS, “Regulating contract law”, in AAVV, *Regulating Law*, CHRISTINE PARKER et al. (editores), Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 29.

(¹⁰⁵⁰) Cfr. art. 194.º, n.º 13, al. e) do regulamento das relações comerciais no sector do gás natural.

estruturas, em que o operador das infra-estruturas se encontra também, de alguma forma, obrigado a contratar (em virtude do direito de acesso de terceiros), devendo fazê-lo com base num modelo contratual em parte aprovado pela ERSE. Por outro lado, em qualquer um destes contratos o princípio da liberdade de fixação dos preços acaba também por ser posto em causa, pelo menos, enquanto existirem tarifas reguladas.

Estas limitações à liberdade de contratar existem também em relação a actividades exercidas completamente em regime de mercado, como é o caso da actividade de comercialização de energia ⁽¹⁰⁵¹⁾ ou da prestação de serviços de comunicações electrónicas ⁽¹⁰⁵²⁾, embora, naturalmente, nestes casos se reconheça uma maior autonomia às partes do contrato para acordarem nos seus termos (fora dos limites mínimos previstos na lei).

Nem todos os contratos celebrados nos sectores de serviços de interesse económico geral podem ser, no entanto, classificados como contratos regulatórios. Com efeito, nem todos os contratos celebrados nestes sectores são um instrumento ou mecanismo de regulação administrativa.

Existem, deste modo, contratos que não se destinam a regular o comportamento das partes contratuais tendo em vista o cumprimento de certos objectivos económicos ou sociais impostos, directa ou indirectamente, pelas entidades reguladoras do sector. É o caso, por exemplo, dos contratos de compra e venda de energia para fornecimento dos comercializadores nos sectores do gás natural ou da electricidade ⁽¹⁰⁵³⁾. Estes contratos são, assim, inteiramente deixados à autonomia das partes contratantes, sem intervenção das entidades reguladoras, no que se distinguem, desde logo, dos contratos regulatórios.

Não obstante, resulta da nossa exposição anterior que o conceito de contrato regulatório que preconizamos é bastante abrangente, incluindo quer contratos regulatórios públicos (em que uma das partes é pública e a outra é pública ou privada), quer contratos regulatórios privados (celebrados entre entidades inteiramente

⁽¹⁰⁵¹⁾ Ao prever-se o conteúdo mínimo que o contrato de fornecimento de gás natural e de electricidade celebrado entre o comercializador e o cliente deve conter – cfr. art. 36.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro (gás natural) e art. 45.º-A do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro (electricidade).

⁽¹⁰⁵²⁾ Cfr. art. 48.º da Lei n.º 5/2004, com a redacção dada pela Lei n.º 51/2011, em que se estabelecem os elementos mínimos obrigatórios que devem constar dos contratos de oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.

⁽¹⁰⁵³⁾ Exceptuam-se, neste caso, os contratos de compra e venda de energia para fornecimento dos comercializadores de último recurso, os quais são verdadeiros contratos regulatórios, sendo disciplinados pela ERSE por, entre outros motivos, os preços de compra e venda de energia influírem no valor a fixar para as tarifas reguladas de venda de energia a clientes finais (as quais são aprovadas pela ERSE).

privadas). Em qualquer um destes casos, estamos, no entanto, ainda no domínio da regulação administrativa (na modalidade de hetero-regulação pública ou de auto-regulação privada sujeita a regulação pública).

Este conceito amplo de contrato regulatório afasta-se do conceito adoptado por PEDRO GONÇALVES, para quem o contrato regulatório é, por natureza, um contrato público (administrativo) que *“envolve, necessariamente, a subscrição por uma autoridade pública: nele figura uma autoridade reguladora (agência) ou a autoridade responsável pela regulação pública do mercado (em regra, o Estado, mas também pode ser, por exemplo, o município); a contraparte da autoridade pública é a empresa regulada, aquela a quem as normas, directrizes ou decisões regulatórias contratualizadas se dirigem”* ⁽¹⁰⁵⁴⁾.

Os contratos regulatórios, tal como os entendemos, distinguem-se quer dos tradicionais contratos públicos, quer dos tradicionais contratos privados.

Com efeito, enquanto os contratos públicos estão, regra geral, ligados a uma forma de administração activa, estando vocacionados para a satisfação directa de necessidades colectivas (seja através da construção de obras públicas, do fornecimento de bens ou da prestação de serviços públicos, representados pela figura dos contratos de colaboração), os contratos regulatórios têm um conteúdo essencialmente normativo, funcionando como um instrumento ao serviço das entidades reguladoras de modo a cumprirem os seus objectivos regulatórios, regulando condutas ou comportamentos dos agentes do mercado. Efectivamente, como tivemos oportunidade de referir atrás, os contratos regulatórios têm implícita uma preocupação com a construção do mercado, preocupação essa que ultrapassa, em muitos aspectos, os interesses próprios das partes contratantes.

Deste modo, quando estabelece as condições gerais dos contratos de uso das infra-estruturas nos sectores da electricidade ou do gás natural, a ERSE não está apenas preocupada em fixar as condições em que os operadores das referidas infra-estruturas estão obrigados a dar acesso às mesmas e os utilizadores têm direito a usar aquelas instalações, mas também em garantir que não existem obstáculos injustificados na utilização daquelas infra-estruturas que prejudiquem o funcionamento do mercado como um todo (repercutindo-se, nomeadamente, no preço da energia a pagar pelos consumidores finais).

Mas os contratos regulatórios, ainda que celebrados entre dois privados, distinguem-se também dos simples contratos entre privados.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ PEDRO GONÇALVES, “Regulação administrativa e contrato”, op. cit., p. 1013.

Com efeito, e como também referimos acima, atendendo ao seu especial contexto de regulação de actividades económicas ligadas à prestação de serviços de interesse geral, estes contratos encontram-se sujeitos, por natureza, a “intromissões” externas (das entidades reguladoras no uso dos seus poderes), as quais podem assumir diferentes modalidades, havendo neles, portanto, uma permanente tensão entre os valores e interesses privados das partes contratantes e o interesse público da regulação. Mas não é só. Estes contratos caracterizam-se igualmente por introduzirem um novo conjunto de actores privados no sistema regulatório. São eles os clientes ou consumidores, bem como os restantes operadores de mercado (produtores, operadores de redes ou de infra-estruturas, comercializadores).

Efectivamente, embora os poderes regulatórios sejam essencialmente desempenhados pelas entidades reguladoras (públicas), estes actores (contrapartes nos contratos regulatórios privados) desempenham também um importante papel regulatório, nomeadamente em termos de implementação e de fiscalização do cumprimento dos objectivos regulatórios definidos pelos reguladores. Com efeito, os consumidores, tal como os operadores serão os primeiros a defender a implementação de uma determinada regra que os beneficie ou a alertar as autoridades competentes para a infracção, pelo regulado, de uma disposição contratual que tenha sido imposta em seu favor.

Finalmente, o que é que distingue o contrato regulatório de outros instrumentos regulatórios, nomeadamente do regulamento administrativo ou do acto administrativo?

Desde logo, o facto de um ser um acto bilateral, enquanto os outros dois são actos unilaterais. Mais evidente do que isso, no entanto, é o facto de, quer o regulamento administrativo, quer o acto administrativo serem, para além de instrumentos típicos do Direito Público, formas de hetero-regulação ⁽¹⁰⁵⁵⁾.

O contrato regulatório tanto pode ser, porém, um instrumento de Direito Público, como um instrumento de Direito Privado; uma forma de hetero-regulação pública, como uma forma de auto-regulação sujeita a regulação pública.

A utilização do contrato como instrumento regulatório corresponde, no entanto, a uma forma de regulação mais flexível e menos autoritária do que os tradicionais instrumentos regulatórios administrativos (regulamento e acto administrativo), uma vez que assenta no acordo dos seus intervenientes, o que permite aproximar, desde logo, a regulação dos regulados.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ Refira-se, no entanto, que o regulamento pode ser também uma forma de auto-regulação, quando estejam em causa regulamentos privados aprovados pelos próprios operadores do mercado, os quais são também instrumentos regulatórios.

Em certos casos, porém, sob as vestes de um contrato (acordo) esconde-se quer a unilateralidade (por exemplo, no caso de contratos de adesão), quer o comando (nomeadamente quando as autoridades reguladoras impõem a sua vontade aos co-contratantes). Não obstante, existem muitos Autores, sobretudo economistas, que preferem a regulação por contrato à regulação por acto ou por regulamento. Para tal, não é decerto indiferente o facto de a figura do contrato regulatório apelar a uma certa ideia de estabilidade do quadro regulatório (que se ancora, precisamente, na concepção do contrato enquanto um negócio consensual), o que, de alguma forma, permite afastar o fantasma da discricionariedade regulatória ⁽¹⁰⁵⁶⁾.

Em muitas situações, porém, o recurso à figura do contrato no novo contexto do Estado Regulador continua a fazer-se com base nos “velhos” modelos contratuais, como a concessão de serviços públicos, o que é, só por si, fonte de várias dúvidas e de alguns equívocos. São estes aspectos que iremos analisar em seguida.

5.1.1. O contrato regulatório e o contrato de concessão de serviços públicos

Qual a relação que existe entre os contratos regulatórios e os contratos de concessão de serviços públicos? Serão os segundos uma espécie dos primeiros ou trata-se, antes pelo contrário, de duas figuras distintas?

Antes de avançar, convém recordar, ainda que em termos gerais, os traços caracterizadores do contrato de concessão de serviços públicos.

Em causa está a prestação de um serviço público, ou seja, de uma actividade que a lei atribui a um ente público ⁽¹⁰⁵⁷⁾ e que o legislador permite que possa ser exercida, mediante contrato, por uma outra pessoa (normalmente um privado, mas não necessariamente). O concessionário gere o serviço em seu nome e sob sua responsabilidade, sendo responsável pela sua organização e exploração. De acordo com a definição legal constante do artigo 407.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos *“entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público”*.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ Isto não impede, porém, a modificação posterior do contrato regulatório, nomeadamente dos contratos regulatórios públicos (e mesmo que não exista o acordo do co-contratante privado), verificados determinados circunstancialismos. Remetemos, no entanto, a análise deste aspecto para o capítulo 5.2., *infra*.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ Cfr. Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, alterada pela Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, designada Lei de limitação de sectores.

Ora, tal como os concebemos, os contratos regulatórios distinguem-se, desde logo, dos tradicionais contratos de concessão de serviços públicos, uma vez que enquanto aqueles regulam o exercício de actividades privadas, exercidas em regime de mercado, os contratos de concessão de serviços públicos têm como objecto a gestão de actividades públicas, reservadas por lei à Administração. Por outro lado, diferentemente do contrato de concessão de serviços públicos que convoca uma responsabilidade pública de execução (de uma actividade pública), o contrato regulatório corresponde a uma manifestação de uma responsabilidade pública de garantia.

Quer isto então dizer que contratos regulatórios e contratos de concessão de serviço público são duas figuras completamente diferentes? Não necessariamente. Mas expliquemo-nos melhor.

Com efeito, só estaremos perante duas figuras jurídicas distintas quando se tratar de um autêntico contrato de concessão de serviços públicos, no sentido referido acima. Não é esse, porém, o caso da grande generalidade dos contratos de concessão de serviços públicos que vigoram nos sectores regulados que temos estado a analisar.

Efectivamente, a maior parte das actividades económicas exercidas nestes sectores são hoje, por influência do Direito da União Europeia, actividades privadas exercidas em regime de livre concorrência.

Este movimento de *despublicatio*, com raízes europeias, esteve na origem, por sua vez, da evolução do conceito tradicional de serviço público, de origem francesa. Ora, um dos aspectos principais dessa evolução passa, precisamente, pelo acentuar da distinção entre o elemento subjectivo e o elemento objectivo da noção de serviço público. No sentido subjectivo, o serviço público corresponde a uma actividade de que é titular uma entidade pública; no seu sentido objectivo, o serviço público identifica-se com a satisfação de necessidades colectivas essenciais, independentemente da natureza jurídica do seu prestador. Esta evolução culminaria com a adopção, pelo Direito da União Europeia, das expressões “serviços de interesse geral” e “serviços de interesse económico geral” em substituição da noção de “serviço público” que é considerada menos específica e, por isso, mais propícia a confusões ⁽¹⁰⁵⁸⁾.

Deste modo, no novo contexto de liberalização e de privatização de actividades antes consideradas públicas, em que se deixa de considerar necessário que o Estado reserve para si o exercício de actividades económicas essenciais, o conceito de serviço público passa a ser usado, sobretudo, apenas na sua vertente objectiva ou

⁽¹⁰⁵⁸⁾ Cfr. Anexo 1 (Definições terminológicas) do Livro Branco sobre os serviços de interesse geral (COM (2004) 374, final, de 12 de Maio de 2004)).

funcional. Neste quadro, o mais natural seria, portanto, que a utilização da figura da concessão de serviços públicos (que pressupõe, precisamente, a existência de um serviço público no sentido subjectivo) fosse cada vez mais reduzida ⁽¹⁰⁵⁹⁾. Não é isso, contudo, o que nos mostra o Direito positivo, nomeadamente nos sectores dos serviços de interesse económico geral onde persistem as referências aos contratos de concessão de serviços públicos.

A verdade, porém, é que, conforme já tivemos também oportunidade de escrever acima ⁽¹⁰⁶⁰⁾, não obstante a referência nestes sectores à existência de vários contratos de concessão de serviços públicos, não existe, na realidade, em muitas destas situações, qualquer serviço público (subjectivo) a ser concessionado.

É o que acontece no sector das comunicações electrónicas, bem como no sector da energia e no sector postal, em que actividades como a oferta de serviços de comunicações electrónicas ou o transporte e a distribuição de electricidade e de gás natural ou ainda a prestação de serviços postais, não obstante a sua natureza privada, são objecto de concessões de serviço público.

Deste modo, em nossa opinião, a referência legislativa a concessões de serviço público deve ser entendida, nestes casos, apenas como uma referência a um concreto regime jurídico contratual (em tudo semelhante ao regime jurídico dos tradicionais contratos de concessão de serviços públicos) mas não à figura jurídica (em sentido próprio) do contrato de concessão de serviços públicos.

Num sentido semelhante se pronuncia PEDRO GONÇALVES, referindo-se em relação ao sector eléctrico que “(...) *interpretamos a convocação legislativa da figura da concessão como um expediente de que o Estado se serve no sentido do reforço da*

⁽¹⁰⁵⁹⁾ A questão da definição e do âmbito de aplicação da figura da concessão de serviços públicos no Direito Comunitário tem sido objecto de uma vasta discussão, concentrada, no entanto, apenas no regime da sua adjudicação. Com efeito, pode ler-se na Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em Direito Comunitário (Comunicação 2000/C 121/02) que “*o Tratado não restringe a liberdade de um Estado-Membro recorrer a concessões, desde que as modalidades de adjudicação sejam compatíveis com o direito comunitário*”. Em todo o caso, e não obstante a ausência, até à data, de um conceito comunitário de concessão de serviços públicos, a Comunicação interpretativa de 2000 arrisca uma definição de concessão de acordo com a qual são concessões os “*actos imputáveis ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confie a um terceiro - quer através de um acto contratual, quer através de um acto unilateral que tenha obtido o consentimento deste terceiro - a gestão total ou parcial de serviços que decorram normalmente das suas competências e em relação aos quais este terceiro assuma os riscos de exploração*”. A tónica desta definição está relacionada com o risco da exploração do serviço público (que deverá correr a cargo do concessionário) e não propriamente com a titularidade do serviço a concessionar, referindo-se apenas que estão em causa “*serviços que decorrem normalmente das competências do Estado*”. Neste aspecto, a definição “comunitária” de concessão parece-nos mais ampla do que a definição nacional constante do Código dos Contratos Públicos que se refere especificamente a “*actividades de serviço público*” e que, quanto a nós, se identifica com a noção de serviço público em sentido subjectivo.

⁽¹⁰⁶⁰⁾ Cfr. *supra* capítulo 4.1.1..

sua responsabilidade de garantia quanto ao funcionamento regular e contínuo do mercado e à segurança e continuidade do abastecimento. A garantia da realização desses objectivos de interesse público encontra-se especialmente protegida por um regime como o da concessão de serviço público, que assegura o acesso do Estado às redes eléctricas” ⁽¹⁰⁶¹⁾.

A possibilidade de transmissão das infra-estruturas que fazem parte da “concessão” tem sido, aliás, apresentada como uma das principais razões para o recurso, pelo legislador, a esta figura jurídica nas denominadas indústrias de rede (nomeadamente no caso das comunicações electrónicas, da electricidade e do gás natural), uma vez que a mesma permite ao “concedente” adquirir a propriedade das redes em caso de extinção da concessão.

Estamos, portanto, nestes casos, perante “falsos” contratos de concessão de serviço público mas, em nossa opinião, diante de verdadeiros contratos regulatórios.

A utilização da figura do contrato de concessão de serviços públicos (fora dos casos em que o mesmo é propriamente usado, ou seja, quando exista efectivamente a transferência de uma responsabilidade pela execução de uma actividade pública para um outro ente jurídico diferente do seu titular) designa apenas, por conseguinte, nestas situações, um particular regime de regulação (ou seja, um determinado conteúdo regulatório) que visa salvaguardar o respeito por princípios como o princípio da continuidade, o princípio da regularidade e o princípio da igualdade. Assim, se justificam, aliás, as disposições contratuais em matéria de resgate da concessão, reversão, transmissão de bens, sequestro ou de poderes de intervenção do *concedente* no contrato.

A questão que se pode colocar aqui é, porém, a de saber se o regime concessional é o mais adequado para regular o exercício de actividades que foram, entretanto, liberalizadas. SALA ARQUER chama justamente a atenção para o perigo de existência de situações ambíguas, nomeadamente nos casos em que não obstante não existir uma efectiva e autêntica assunção da actividade pela Administração (*publicatio*), se submete, de forma encoberta, quem exerce livremente uma actividade

⁽¹⁰⁶¹⁾ PEDRO GONÇALVES, “Organização e Regulação Pública do Sector Eléctrico (em especial, a figura da concessão em contexto de mercado)”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 168. Da mesma forma, MARIA JOÃO ESTORNINHO refere-se a um novo rosto das concessões de serviço público no quadro de um Estado Regulador, “*concessões nas quais o Estado assume sobretudo tarefas de garantia e de controlo*”, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização (“Concessão de serviços públicos – que futuro?”, in AAVV, *VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, JOSÉ LUÍS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ/FAUSTO QUADROS (Coordenadores), Direito & Justiça, volume especial, 2005, p. 22).

– por muito regulamentada que possa estar – a um estatuto jurídico semelhante ao do concessionário, com várias obrigações e deveres deste, mas muitas vezes sem os seus direitos ⁽¹⁰⁶²⁾.

Com efeito, a utilização do contrato de concessão de serviços públicos como contrato regulatório acaba por se revelar como uma forma mais intensa de regulação do que a autorização ou a licença o que, de certa forma, contraria a ideia de que o contrato é um instrumento jurídico mais flexível e menos intrusivo, por assentar num acordo de vontades, identificando-se com a filosofia da neoregulação ao eliminar constrangimentos desnecessários ao funcionamento do mercado.

A utilização deste especial regime regulatório justifica-se, no entanto, em nossa opinião, apenas nos casos de actividades exercidas em regime de monopólio, nomeadamente monopólios naturais (que implicam restrições naturais à concorrência), sendo, porém, já dificilmente compreensível a sua utilização para regular o exercício de actividades privadas concorrenciais. Num sentido próximo, CHRISTOPHE JAMIN afirma igualmente que o paradoxo da limitação da liberdade contratual em nome de uma concepção liberal da economia (associada ao Direito da Regulação), apenas se explica nas situações de monopólio ⁽¹⁰⁶³⁾.

É o que acontece nos sectores da electricidade e do gás natural em que o contrato de concessão de serviços públicos é usado como contrato regulatório em relação às actividades de transporte e de distribuição, que são monopólios naturais. Já não é, no entanto, o caso das actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL e armazenamento subterrâneo de gás natural que, apesar de não serem monopólios naturais, são também objecto de um contrato de concessão de serviços públicos. Neste caso, a utilização desta figura jurídica fica a dever-se, provavelmente, não só a motivos históricos, mas também ao facto de as actividades em causa envolverem a utilização de infra-estruturas de utilidade pública, em relação às quais o Estado quer continuar a manter um poder de fiscalização e de controlo apertado.

Da mesma forma, no sector das comunicações electrónicas, não obstante não estarmos também perante um monopólio em sentido estrito ⁽¹⁰⁶⁴⁾, utiliza-se o contrato de concessão como contrato regulatório (contrato de concessão do serviço público de

⁽¹⁰⁶²⁾ JOSÉ MANUEL SALA ARQUER, “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, in AAVV, *VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, JOSÉ LUÍS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ/FAUSTO QUADROS (Coordenadores), Direito & Justiça, volume especial, 2005, p. 42.

⁽¹⁰⁶³⁾ CHRISTOPHE JAMIN, “Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés”, op. cit., p. 193.

⁽¹⁰⁶⁴⁾ Cfr. art. 99.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com a redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

telecomunicações). Neste caso, o recurso ao regime jurídico da concessão de serviços públicos, justifica-se, em nossa opinião, sobretudo, também por razões históricas. Pode, no entanto, questionar-se se este regime jurídico é o mais adequado ainda que no caso se trate de regular o exercício do serviço universal. Semelhante questão pode ser feita igualmente no sector postal, em que se prevê também a utilização da figura da concessão para o caso de ser designado um ou mais prestadores de serviços postais para a prestação de diferentes elementos do serviço universal ou para a cobertura de diferentes partes do território nacional ⁽¹⁰⁶⁵⁾. Com efeito, em situação idêntica, nos sectores da electricidade e do gás natural, as actividades de comercialização de último recurso são disciplinadas através de licença.

Nestas situações, os contratos de concessão de serviços públicos funcionam, portanto, como uma espécie da categoria mais vasta dos contratos regulatórios. Em causa está, apenas, no entanto, um particular regime regulatório (especialmente intenso em virtude do feixe de obrigações e de direitos que criam para o “concessionário” mas também para o “concedente”) funcionalmente apto, em nosso entender, apenas, a regular o exercício de actividades exercidas em regime de monopólio (designadamente, monopólios naturais como são as redes de transporte e de distribuição de energia).

Estes contratos não se confundem, no entanto, não obstante a sua designação, com os autênticos contratos de concessão de serviços públicos na medida em que não estamos perante actividades públicas, mas sim perante actividades privadas.

É caso para se dizer que se aproveita o regime jurídico, mas que se afasta a sua qualificação jurídica ⁽¹⁰⁶⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ Cfr. art. 17.º, n.º 1, al. b) e n.º 6 da Lei n.º 17/2012.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ Não obstante não se tratar, em nossa opinião, de uma verdadeira concessão de serviços públicos, o facto de estarmos perante actos imputáveis ao Estado e que têm por objecto a prestação de actividades económicas exercidas em regime de monopólio convoca igualmente especiais preocupações em matéria de designação do(s) operador(es) responsáveis pela(s) referida(s) actividade(s). Deste modo, ainda que nestas situações não se aplique o disposto no Código dos Contratos Públicos (que submete, de forma inovadora face ao Direito Europeu da contratação pública, o contrato de concessão de serviços públicos a um regime pré-contratual – cfr. art. 16.º do CCP), precisamente porque não nos encontramos, em nossa opinião, perante uma autêntica concessão de serviços públicos, a escolha dos operadores deve ser sempre feita respeitando os princípios da transparência e da não discriminação (cfr. o disposto no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro (gás natural), bem como os artigos 35.º, 39.º e 43.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro (electricidade)).

Em relação ao sector das comunicações electrónicas veja-se o decidido no Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Outubro de 2010, sobre a forma de designação da Portugal Telecom como prestadora do serviço universal, em que o Tribunal considerou que a República Portuguesa havia incumprido o disposto nos artigos 3.º, n.º 2 e 8.º, n.º 2 da Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (processo n.º C-154/09), os quais prevêem, entre outros aspectos, que os Estados-Membros devem utilizar um mecanismo de

Em sentido diferente do que temos estado a descrever existem, porém, alguns Autores que embora reconheçam o potencial regulatório dos contratos de concessão, não se referem a estes como instrumentos de regulação (como nós), mas antes como uma modalidade de organização de um sistema de regulação, que pode funcionar como uma alternativa ou como um complemento à regulação por agência ⁽¹⁰⁶⁷⁾. Nestes casos, a actividade das empresas no mercado seria regulada directamente pelo estabelecido no corpo do contrato, não existindo, porém, qualquer relação de regulação entre as partes.

Não concordamos, no entanto, com esta posição. Com efeito, em nossa opinião, estes contratos regulatórios (ou seja, os “falsos” contratos de concessão de serviços públicos) apesar de não serem celebrados directamente com uma autoridade reguladora, não deixam de pressupor a sua “presença” no contrato, nomeadamente orientando e/ou fiscalizando a sua execução, bem como o seu cumprimento pelas partes, funcionando, deste modo, como um verdadeiro instrumento ao serviço da função administrativa de regulação.

Veja-se o disposto no artigo 6.º, alínea a) das bases da concessão do serviço público de telecomunicações ⁽¹⁰⁶⁸⁾, em que se dispõe que a concessionária fica obrigada a cumprir as determinações que, nos termos da lei ou do contrato de concessão, lhe sejam endereçadas pelo concedente ou pelo ICP-ANACOM, devendo, para o efeito, *“permitir e facilitar a fiscalização da concessão, pelo concedente e pelo ICP-ANACOM, nomeadamente facultando o acesso à respectiva documentação e instalações”*, *“disponibilizar e remeter ao ICP-ANACOM, no prazo, termos e condições por este fixados, a informação e os dados estatísticos por este considerados necessários ao acompanhamento das actividades desenvolvidas no âmbito da concessão ou do desenvolvimento da actividade nos mercados de telecomunicações”* (artigo 6.º, alíneas e) e f)) ⁽¹⁰⁶⁹⁾. Dispõe-se ainda no artigo 25.º, n.º 1 das referidas bases da concessão que a fiscalização da concessão, incluindo a fiscalização da rede básica, cabe ao Ministério das Finanças, através da Inspecção-Geral de Finanças,

designação eficaz, objectivo, transparente e não discriminatório para designarem as empresas com obrigações de serviço universal numa parte ou na totalidade do território nacional, assegurando que nenhuma empresa esteja excluída *a priori* da possibilidade de ser designada. ⁽¹⁰⁶⁷⁾ PEDRO GONÇALVES, “Regulação administrativa e contrato”, op. cit., pp. 1020 e segs.. O Autor reconhece, no entanto, *“que a regulação por contrato – enquanto estratégia regulatória e não apenas enquanto técnica regulatória – pode, de facto, conviver com a regulação por agência”* (Idem, p. 1022).

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro.

⁽¹⁰⁶⁹⁾ Em concreto, prevê-se a competência do ICP-ANACOM em matéria de preços de serviços objecto da concessão, para assegurar o respeito pelos princípios da transparência, não discriminação e orientação para os custos, garantindo a acessibilidade para os utilizadores (cfr. art. 16.º). É o ICP-ANACOM também que fixa os indicadores de qualidade de serviço e objectivos de desempenho relativos a serviços abrangidos pela concessão (cfr. art. 17.º).

para as questões financeiras, e ao Ministério da Economia, para as demais, sendo as competências deste exercidas pelo ICP-ANACOM.

Existem também diversas referências à regulação da ERSE, através dos contratos de concessão ⁽¹⁰⁷⁰⁾.

Estamos, assim, perante uma relação tripartida: (i) relação concedente/concessionário; (ii) relação concessionário/consumidores; (iii) relação regulador e partes no contrato (ambos regulados)), constituindo este último vértice uma efectiva relação de regulação.

Diga-se, porém, em abono da verdade, que nem sempre é fácil distinguir, nestes contratos, a figura do contraente público/concedente/regulado (Estado) da dos reguladores (que podem ser órgãos que fazem parte da Administração Directa do Estado ou autoridades reguladoras independentes). Este é, inclusivamente, um argumento que normalmente é usado contra a manutenção da figura da concessão no novo regime dos serviços públicos económicos.

Veja-se, aliás, o disposto na base XLVI do contrato de concessão da actividade de transporte de gás natural através da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural em que se estabelece que *“os poderes do concedente referidos nas presentes bases, excepto quando devam ser exercidos pelo ministro responsável pela área da energia, devem ser exercidos pela DGGE, sendo os actos praticados pelo respectivo director-geral ou pela ERSE, consoante as competências de cada uma destas entidades”* ⁽¹⁰⁷¹⁾.

Não é estranho, portanto, que em certas situações, possa surgir a dúvida se o Estado intervém no contrato, por exemplo, enquanto proprietário ou gestor de determinadas infra-estruturas e nessa medida no papel de contraente público ou se enquanto regulador, numa posição de “desinteressado”, apenas se preocupando com o acesso de terceiros às redes e com o funcionamento do mercado. Da mesma forma, no contrato de concessão do serviço público de telecomunicações, e uma vez que não estamos perante uma actividade pública, fica a ideia de que a intervenção do Estado é feita não enquanto titular do serviço de comunicações electrónicas, mas antes na sua posição de regulador preocupado com determinados valores sociais.

Não existe, assim, entendemos nós, uma forma de regulação por contrato (de concessão) e uma forma de regulação por agência. Não estamos, deste modo, em nossa opinião, perante duas modalidades diferentes de regulação, mas perante uma única modalidade de regulação que corresponde ainda a uma forma de hetero-

⁽¹⁰⁷⁰⁾ Cfr., por exemplo, a referência à obrigação que impende sobre o concessionário da rede de transporte de gás natural de informar a ERSE sobre a capacidade disponível da RNTIAT e em particular dos pontos de acesso ao sistema e sobre o quantitativo das reservas a constituir.

⁽¹⁰⁷¹⁾ Cfr. Anexo I ao Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012. Esta disposição é, aliás, repetida nos diversos contratos de concessão.

regulação pública (mesmo que a intervenção do regulador (agência) possa ser indirecta).

Resta-nos finalmente abordar a questão da natureza jurídica desta espécie de contratos regulatórios, não havendo aqui, no entanto, nenhuma particularidade digna de nota.

Com efeito, o contrato de concessão enquanto contrato regulatório público é, tal como o autêntico contrato de concessão de serviços públicos, um contrato administrativo, desde logo porque uma das partes contratantes é uma entidade pública que actua ao abrigo de normas de direito público, munida de especiais poderes de autoridade.

Diferentemente, os contratos de uso das infra-estruturas celebrados entre os operadores e entre estes e os seus clientes, bem como os contratos de fornecimento celebrados entre os alegados concessionários (operadores) e os seus clientes são contratos regulatórios privados, uma vez que estamos, neste caso, perante duas entidades contratantes privadas.

Trata-se, no entanto, de uma relação titulada por um contrato de direito privado, mas regulada por normas de direito público ⁽¹⁰⁷²⁾. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ refere-se mesmo, a propósito dos contratos de fornecimento de electricidade, a uma “natureza mista” que combina aspectos públicos (devido aos poderes administrativos tarifários, à obrigação de prestação do serviço e demais condições previstas nas regras de contratação) com aspectos privados que constituem a base desta relação e que impregnam a sua formalização ⁽¹⁰⁷³⁾. No fundo, estamos perante uma forma de auto-regulação privada, sujeita a regulação pública, conforme já referimos acima.

5.2. Modificação dos contratos regulatórios públicos. Uma nova formulação para a teoria do “fait du prince”.

Tal como em relação aos actos administrativos de controlo, também relativamente aos contratos regulatórios se coloca a questão da sua modificação num contexto económico e social sujeito a constantes mutações, muitas das quais impostas a partir do exterior (União Europeia).

⁽¹⁰⁷²⁾ Como refere PEDRO GONÇALVES a propósito da relação de prestação que se estabelece entre o concessionário de um serviço público e os utentes de serviços públicos (cfr., *A Concessão de Serviços Públicos*, op. cit., p. 319).

⁽¹⁰⁷³⁾ SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes (Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 323.

A progressiva abertura dos sectores de serviços económicos de interesse geral à concorrência, acompanhada da privatização de muitas das empresas até aqui encarregues da exploração desses serviços, ao mesmo tempo que pode conduzir à necessidade de modificação de alguns destes contratos, de forma a acompanharem a evolução do respectivo quadro regulatório, levanta também uma série de novos problemas, nomeadamente em matéria de salvaguarda dos direitos dos particulares co-contratantes num entorno jurídico marcado pela liberalização e pela privatização de actividades económicas essenciais.

A nossa análise centrar-se-á apenas, no entanto, na modificação dos contratos regulatórios públicos por ser aquela que levanta questões mais interessantes ao nível da evolução recente do Direito Administrativo no âmbito do novo modelo de Estado Regulador ⁽¹⁰⁷⁴⁾.

Temos, assim, em mente quer as modificações que se repercutem sobre a execução dos contratos celebrados entre autoridades reguladoras e os operadores de um determinado sector (regulados), quer aquelas que se projectam sobre a execução dos “falsos” contratos de concessão de serviço público referentes a actividades privadas.

Quais são então as especificidades que estas novas situações, e em particular a figura dos contratos regulatórios (públicos), colocam face ao regime geral da modificação dos contratos administrativos?

Antes de avançar, convém fazer, porém, uma breve referência ao regime da modificação (objectiva) dos contratos administrativos.

Em causa podem estar realidades muito diferentes, desde a modificação unilateral do contrato por motivos de interesse público (também conhecida como “*ius variandi*”), passando pela modificação do contrato em virtude de situações imprevistas (caso imprevisto) ou ainda aquelas situações em que medidas gerais, aprovadas fora

⁽¹⁰⁷⁴⁾ Em relação aos contratos regulatórios privados, exceptuadas as situações de alteração do contrato por acordo das partes e de modificação por alteração das circunstâncias (art. 437.º do Código Civil), devem ser ainda consideradas as situações em que essas modificações contratuais decorrem directamente da aprovação de medidas administrativas (nomeadamente alterações regulamentares aprovadas pelas autoridades reguladoras), bem como de medidas legislativas que tenham como objecto estes contratos, como será o caso, por exemplo, de um diploma que altere as condições gerais de um determinado contrato regulatório ou que fixe novos direitos ou obrigações para as partes contratantes. Em particular, quando esteja em causa uma intervenção (administrativa) de uma entidade reguladora nas relações contratuais privadas dos operadores a mesma encontra a sua justificação nas competências destas entidades, nomeadamente na competência para procurar o equilíbrio entre os interesses das partes. Em qualquer caso, quaisquer modificações aprovadas pelas autoridades legislativas ou administrativas competentes que projectem os seus efeitos directamente nos contratos regulatórios (privados) em vigor entre operadores ou entre estes e os seus clientes devem ser sempre justificadas tendo em conta os fins prosseguidos, devendo respeitar também, se for esse o caso, o disposto na Constituição em matéria de restrições ao direito de propriedade e ao direito de iniciativa privada.

do âmbito da relação contratual, acabam por ter efeitos ao nível da execução do contrato, obrigando à sua modificação (conhecidas na doutrina por “fait du prince” (facto do príncipe) tendo em conta a sua origem francesa).

Na primeira situação, trata-se da aprovação, pelo contraente público, através de um acto unilateral (ou seja, sem necessidade de acordo do seu co-contratante ou de intervenção judicial), de uma modificação ao contrato tendo por base uma alteração dos fins de interesse público que estiveram por detrás da celebração do mesmo.

O fundamento deste poder de modificação unilateral explica-se pelo facto de, servindo a Administração o interesse público, ter sempre o dever de procurar os melhores processos técnicos, bem como os melhores meios materiais e jurídicos de realizá-lo ⁽¹⁰⁷⁵⁾. Deste modo, este poder é considerado, por grande parte da doutrina jus-administrativista, como um poder co-natural ao contrato administrativo, ou seja, um poder que existe mesmo na ausência de previsão contratual, impondo-se contra a eventual exclusão prevista no contrato ⁽¹⁰⁷⁶⁾.

Esta situação distingue-se, por sua vez, daquela em que se verifica uma alteração (imprevista) das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar. Com efeito, neste caso, as alterações ao contrato são determinadas por factos alheios à vontade dos contraentes, não podendo, por isso, ser imputáveis a nenhuma das partes ⁽¹⁰⁷⁷⁾.

Finalmente, enquanto as duas situações anteriores têm sempre o contrato como referência, na última situação (“fait du prince”), está em causa a adopção de medidas externas ao contrato (regra geral, medidas legislativas ou regulamentares) que acabam, no entanto, por conduzir à sua modificação (ou, em última análise, à sua extinção).

Qualquer uma destas situações encontra hoje previsão no Código dos Contratos Públicos ⁽¹⁰⁷⁸⁾, o qual prescreve também as suas consequências jurídicas de forma a salvaguardar os direitos do contraente privado. Com efeito, não é pelo facto de contratar com a Administração Pública que o contraente privado fica mais desprotegido perante uma situação de modificação do contrato, bem pelo contrário.

⁽¹⁰⁷⁵⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, op. cit., p. 619.

⁽¹⁰⁷⁶⁾ CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in AAVV, *Estudos de Contratação Pública*, volume I, PEDRO GONÇALVES (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 526. No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES/ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, op. cit., p. 267.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ Como nota, porém, VIEIRA DE ANDRADE, neste caso poderá não haver, no entanto, lugar à modificação do contrato, mas tão só a uma compensação financeira (cfr. “A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos””, in AAVV, *Estudos de Contratação Pública*, volume II, PEDRO GONÇALVES (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, nota de rodapé n.º 27, p. 32).

⁽¹⁰⁷⁸⁾ Cfr. art. 312.º do CCP.

Basicamente prevêem-se dois regimes jurídicos: o direito à reposição do equilíbrio financeiro e o direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade.

Assim, nos casos de modificação unilateral do contrato por razões de interesse público, o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato ⁽¹⁰⁷⁹⁾. Esta é também a solução legal para as situações em que ocorra uma *“alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante”* ⁽¹⁰⁸⁰⁾. Sujeita-se, assim, estas situações ao mesmo regime da modificação unilateral do contrato por razões de interesse público, obviando a que o contraente público procurasse escapar ao regime da reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato (mais benéfico para o contraente privado) aprovando alterações ao contrato sem ser através da forma de um acto administrativo unilateral.

Diferentemente, nas situações em que se verifique uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável a decisão do contraente público (e que se reconduzem, no fundo, às situações de caso imprevisto), o contraente privado tem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade ⁽¹⁰⁸¹⁾. A ideia neste caso é repartir os prejuízos por ambos os contraentes visto que nenhum deles deu azo àquela situação.

Ora, no novo contexto de um Estado Regulador, responsável por orientar, condicionar, supervisionar e fiscalizar a actividade dos operadores que actuam em sectores económicos considerados estratégicos (porque deles dependem outros sectores) tendo em vista o cumprimento de determinados objectivos económicos e sociais, as situações de sujeição dos contratos regulatórios públicos a uma intervenção pública (mais concretamente das autoridades reguladoras) não só acabam por ser naturais, como tendem a ser frequentes.

Essa intervenção pode ter diferentes fundamentos, bem como diferentes finalidades. Neste momento, interessam-nos, apenas, as intervenções que tenham como fim a modificação daqueles contratos.

Deste modo, e para além das situações de modificação unilateral de um contrato em concreto, decididas pelo contraente público, que tenham como fundamento novas

⁽¹⁰⁷⁹⁾ Cfr. art. 314.º, n.º 1, al. b) do CCP. De acordo com o art. 282.º, n.º 5 do CCP, *“na falta de estipulação contratual, o valor da reposição do equilíbrio financeiro corresponde ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações”*.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ Cfr. art. 314.º, n.º 1, al. a) do CCP.

⁽¹⁰⁸¹⁾ Cfr. art. 314.º, n.º 2 do CCP.

necessidades ou uma nova ponderação das circunstâncias existentes à luz de uma reformulação do interesse público (por exemplo, a alteração das regras de determinação dos preços do serviço universal ou do âmbito geográfico de prestação de uma determinada actividade ou ainda alterações impostas pelo avanço da tecnologia num determinado domínio), assumem uma especial relevância, neste novo cenário, as situações relacionadas com a necessidade de adaptação dos contratos regulatórios à evolução do quadro regulatório (e, em última análise, do mercado).

Está em causa, essencialmente, a adopção de medidas genéricas (normalmente, sob a forma de lei ou de regulamento), aprovadas internamente ou impostas por via externa (União Europeia), que projectam os seus efeitos na forma de exercício das actividades que compõem os serviços de interesse económico geral, o que poderá determinar, quando as mesmas sejam tituladas através de contrato, a necessidade da sua modificação “forçada” (uma vez que a não ser modificado, o contrato corre o risco de ser considerado contrário à lei ou ao regulamento).

Será o caso, por exemplo, de uma medida legislativa que determine a abertura de uma actividade económica, até então exercida em regime de monopólio, à concorrência ou de uma medida que extinga o regime de apoios concedidos a uma determinada actividade. Poderá ser também o caso de uma lei que altere o âmbito do serviço universal num sector em concreto ou que aprobe novas obrigações de serviço público para os operadores privados ou que sujeite os operadores das redes a pagarem taxas de ocupação do subsolo pela instalação das suas infra-estruturas ou que, pura e simplesmente, altere as condições de exploração de uma determinada actividade, por exemplo tendo em conta novas exigências europeias em termos de eficiência energética. Será também ainda o caso de uma medida que estabeleça uma nova forma de avaliação dos activos regulados afectos a uma determinada actividade.

Mas podem também tratar-se de medidas ou actos concretos, adoptados por uma entidade com funções de regulação (e externa ao contrato), e que visam a alteração de um determinado contrato de forma a cumprir certos objectivos regulatórios.

Ora, num panorama em que a modificação do quadro regulatório se assume como algo “normal”, sobretudo quando se integra uma organização supranacional como a União Europeia que, aos interesses nacionais, tende a sobrepor os interesses da União (em que se destaca a construção do mercado único), mas também porque tratando-se da regulação de sectores económicos essenciais existe a permanente necessidade de actualizar os objectivos (económicos e sociais) da regulação, a pergunta que justamente se coloca é a de saber qual o impacto que estas alterações

(legislativas, administrativas; supranacionais, nacionais; gerais, concretas) têm nos contratos regulatórios em vigor.

Com efeito, ainda que se tratem de medidas que possam não ter em vista directamente a modificação destes contratos, a verdade é que as mesmas acabam, muitas vezes, por ter reflexos concretos naqueles (tal como também podem ter reflexos nos actos regulamentares ou administrativos que regulam as actividades em causa), tornando necessária a sua modificação de forma a adaptarem-se às novas normas regulatórias entretanto aprovadas ⁽¹⁰⁸²⁾.

Estas situações de modificação dos contratos regulatórios públicos como decorrência de uma alteração no quadro regulatório (seja esta de ordem legislativa ou de ordem regulamentar) ou de uma decisão administrativa que projecte os seus efeitos no contrato configuram, em nossa opinião, uma intervenção por facto do príncipe. Com efeito, estão aqui em causa, fundamentalmente, medidas extra-contratuais que acabam por se repercutir nos contratos, determinando a sua modificação, que é o que caracteriza, tradicionalmente, o “fait du prince”.

A regulação de sectores económicos de interesse geral exige, no entanto, em nosso entender, uma reformulação desta teoria, nomeadamente dos seus pressupostos essenciais, tendo em conta a intervenção, cada vez mais frequente, de terceiras entidades, quer nacionais, quer supranacionais, nestes contratos e que podem determinar (directa ou indirectamente) a sua modificação.

Por outro lado, num contexto em que as actividades são agora maioritariamente privadas e algumas delas são mesmo exercidas em regime de concorrência, qualquer intervenção do Estado (tomado aqui em sentido amplo) que projecte os seus efeitos na execução dos contratos regulatórios tendo em vista a sua modificação, já não se pode justificar apenas com o facto de a mesma corresponder a um acto do Poder, o que seria suficiente se estivéssemos perante simples contratos públicos de colaboração, em que o particular é visto como um colaborador da Administração e por isso como estando sujeito aos mesmos imperativos da prossecução do interesse público. Aliás, nos verdadeiros contratos de concessão, essa intervenção é mesmo uma decorrência natural do facto de estarmos perante actividades públicas, cujo exercício o Estado aceita transferir para privados, mantendo, porém, a sua titularidade, sendo, por isso, admissível que possa intervir no âmbito da relação contratual de

⁽¹⁰⁸²⁾ E nalguns casos determinando mesmo a sua extinção. A nossa análise restringe-se, apenas, no entanto, às situações de modificação *stricto sensu* dos contratos regulatórios públicos.

forma a dirigir e, se necessário, a alterar os termos iniciais dessa mesma relação contratual ⁽¹⁰⁸³⁾.

Diferentemente, num ambiente de liberalização e de privatização de actividades económicas essenciais, qualquer modificação de um contrato regulatório (que estabelece precisamente os termos do exercício dessas actividades) terá sempre de ter em consideração os direitos de iniciativa económica privada e de propriedade dos particulares contratantes. Isto é especialmente importante no caso de medidas genéricas ou de decisões aprovadas extra-contratualmente que atinjam (ainda que indirectamente) contratos regulatórios em vigor.

Deste modo, neste caso, o poder de modificação do contrato mais do que ser um acto do Poder puro e simples, corresponde ao exercício da função de regulação de sectores essenciais, encontrando a sua justificação na necessidade de cumprir objectivos regulatórios previamente fixados que, de outro modo (ou seja, sem essa intervenção), poderiam ser postos em risco, comprometendo, em última análise, a satisfação de necessidades colectivas essenciais.

Trata-se, portanto, de um conjunto de novas realidades que necessitam, em nossa opinião, de ser devidamente enquadradas na teoria do facto do príncipe.

A doutrina jus-administrativista não tem sido, aliás, unânime a tratar a teoria do “fait du prince”, quer no que toca aos seus pressupostos, quer mesmo em relação às suas consequências jurídicas. LAUBADÈRE dizia mesmo que “a teoria do fait du prince é uma das mais confusas do direito dos contratos administrativos” ⁽¹⁰⁸⁴⁾.

MARCELLO CAETANO, por exemplo, apelidava de “fait du prince” ou acto do Poder quer a situação de alteração do contrato em virtude da aprovação de alterações legislativas ou regulamentares, quer a situação de modificação unilateral das prestações contratuais por via de actos administrativos definitivos e executórios ⁽¹⁰⁸⁵⁾. De acordo com o Autor, podia até acontecer que “(...) não sejam as mesmas a pessoa colectiva de direito público contraente e a que impõe as alterações do regime jurídico ou dos processos técnicos ao contraente particular” ⁽¹⁰⁸⁶⁾.

A posição de MARCELLO CAETANO parece, de resto, inspirada na doutrina francesa, em particular na doutrina de LAUBADÈRE, para quem o poder de

⁽¹⁰⁸³⁾ Como referia MARCELLO CAETANO, “(...) visto que a obra ou o serviço permanecem públicos, a Administração fiscaliza a respectiva exploração e conserva o direito de impor ao concessionário as modificações técnicas para que a satisfação da necessidade colectiva possa obter-se efectivamente mantendo actualizados os meios a empregar” (*Manual de Direito Administrativo*, volume I, op. cit., p. 619).

⁽¹⁰⁸⁴⁾ ANDRÉ LAUBADÈRE et al., *Traité des contrats administratifs*, volume II, 2.ª edição, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 516.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, op. cit., pp. 620 e 623.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ Idem, p. 620.

modificação unilateral do contrato é ainda uma manifestação do instituto do “fait du prince”. Onde os Autores divergem é quanto à autoria das medidas. Com efeito, de acordo com LAUBADÈRE, que adopta uma definição mais estrita de “fait du prince”, este corresponde a qualquer medida tomada pelo contraente público que afecte as condições de execução do contrato ⁽¹⁰⁸⁷⁾. De acordo com o Autor francês, por contraente público deveria entender-se apenas a pessoa pública que concluiu o contrato. Isto não impede, porém, como escreve LAUBADÈRE, que “as medidas tomadas pelo legislador e que afectem os contratos concluídos pelo Estado (não devam) ser consideradas também fait du prince, uma vez que o Parlamento é um órgão do Estado tal como o são as autoridades executivas: apesar de provirem de órgãos diferentes, as medidas em causa emanam, em qualquer caso, da mesma pessoa pública” ⁽¹⁰⁸⁸⁾.

Voltando à doutrina portuguesa, FREITAS DO AMARAL considera como facto do príncipe a situação em que o Estado soberano, por acto legislativo ou político, torna impossível ou excessivamente onerosa a prestação do co-contratante privado ⁽¹⁰⁸⁹⁾. O Autor distingue esta situação quer do caso de força maior, quer da modificação unilateral, quer ainda do caso imprevisto. Em relação ao último, o Autor adopta a noção de MARCELLO CAETANO, dizendo que “o caso imprevisto é o facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado” ⁽¹⁰⁹⁰⁾.

Posição diferente tem, no entanto, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que enquadra o “fait du prince” no instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias ⁽¹⁰⁹¹⁾.

Já CARLA AMADO GOMES distingue a situação de “factum principis” em sentido próprio, que corresponde de acordo com a Autora a uma “alteração dos termos do contrato por superveniência de uma alteração legislativa que imediatamente se

⁽¹⁰⁸⁷⁾ ANDRÉ LAUBADÈRE et al., *Traité des contrats administratifs*, volume II, op. cit., p. 517. Esta parece ser também a concepção adoptada por LAURENT RICHER, para quem o “fait du prince” pode ser definido como o facto imprevisível que configura uma medida lícita tomada pela autoridade contratante qualquer que seja o seu conteúdo, bem como o seu fundamento (LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, 6.^a edição, L.G.D.J., Paris, 2008, p. 298).

⁽¹⁰⁸⁸⁾ Idem, p. 526.

⁽¹⁰⁸⁹⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, op. cit., p. 642.

⁽¹⁰⁹⁰⁾ Idem, p. 643.

⁽¹⁰⁹¹⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Novembro/Dezembro, 2007, nota de rodapé n.º 37, pp. 14-15.

reflecta no seu conteúdo” (¹⁰⁹²), daquilo que designa por “modificação unilateral induzida ou reflexa”, bem como da “modificação unilateral *lato sensu*”. No primeiro caso (“modificação unilateral induzida ou reflexa”), trata-se de uma alteração que corresponde ao exercício da função administrativa e que tem origem numa alteração desencadeada por uma decisão emanada de uma entidade administrativa externa ao contrato. No segundo caso (“modificação unilateral *lato sensu*”), estariam em causa alterações genéricas feitas pela entidade adjudicante e que são reflectidas no contrato (¹⁰⁹³).

Sem prejuízo de desenvolvermos melhor estes e outros aspectos a propósito da nossa própria definição de facto do príncipe, antecipamos desde já que não podemos concordar com as classificações propostas por CARLA AMADO GOMES. Com efeito, em nossa opinião, e em relação à primeira situação, apesar de podermos estar efectivamente perante uma modificação unilateral (uma vez que não existe acordo da contraparte) parece-nos que esta qualificação pode trazer alguma confusão com as verdadeiras situações de modificação unilateral aprovadas pelo contraente público, no âmbito da relação contratual. Da mesma forma, relativamente à segunda situação, pensamos que a mesma não se deve também confundir com as verdadeiras situações de modificação unilateral do contrato por acto do contraente público, as quais têm por objecto o contrato, o que não acontece neste caso uma vez que estão em causa alterações genéricas. Deste modo, quanto a nós, estas duas situações fazem ainda parte da noção de “fait du prince”, conforme desenvolveremos melhor adiante.

Finalmente, numa obra publicada recentemente que tem, justamente, por objecto o estudo do facto do príncipe sobre os contratos administrativos celebrados pela Administração, CLÁUDIA PINTO propõe uma definição (mais ampla) para este instituto que integra “os actos de poder praticados num plano exterior à relação jurídica contratual, pelo contraente público, no exercício de poderes gerais que titula, ou por um ente público terceiro, com efeitos directos e especiais sobre um contrato administrativo, que determinam a tutela do cocontratante” (¹⁰⁹⁴).

Em relação ao nosso Direito positivo, o Código dos Contratos Públicos, que pela primeira vez trata estas matérias, parece integrar as situações de “fait du prince” no instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

(¹⁰⁹²) CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, op. cit., p. 536.

(¹⁰⁹³) Idem, p. 535.

(¹⁰⁹⁴) CLÁUDIA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 68-69.

Efectivamente, o Código só parece admitir a modificação por “facto do príncipe” numa situação, ou seja, nos casos em que medidas adoptadas pelos contraentes públicos, fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, determinem uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante ⁽¹⁰⁹⁵⁾. Esta é, pelo menos, a única situação expressamente regulada.

O Código parece, assim, desconsiderar as novas problemáticas trazidas pela regulação dos serviços de interesse económico geral, nomeadamente a possibilidade de intervenção das entidades reguladoras na fase da execução dos contratos regulatórios, bem como a possibilidade de determinadas medidas normativas, adoptadas a nível supranacional, poderem projectar também os seus efeitos num determinado contrato (celebrado entre nacionais), determinando a sua modificação.

Ora, esta solução, para além de ser bastante redutora ao limitar a aplicação da teoria do “fait do prince” às medidas adoptadas pelo contraente público ⁽¹⁰⁹⁶⁾, é também altamente criticável tendo em conta a assimilação que faz ao instituto da alteração das circunstâncias. Em relação a este último aspecto, CARLA AMADO GOMES refere-se mesmo a uma *“corrupção da figura da alteração anormal e imprevisível através da sua aplicação a modificações previsíveis, porque imputáveis a decisão do contraente público – ainda que abstractamente determinadas (...)”* ⁽¹⁰⁹⁷⁾.

Pela nossa parte, preferimos adoptar um conceito amplo de facto do príncipe, fazendo-lhe corresponder aquelas situações em que um acto normativo de carácter geral (lei ou regulamento) ou um acto administrativo praticado fora do âmbito de uma relação contratual concreta (por uma terceira entidade pública) se reflectem de forma directa e imediata na execução de um contrato regulatório público, levando à sua modificação. Ponto é que se trate, em qualquer caso, de uma intervenção extra-contratual que se repercute, de modo específico, no contrato ⁽¹⁰⁹⁸⁾.

Estas alterações tanto podem ser, portanto, aprovadas pelo próprio contraente público, desde que neste caso o sejam fora do âmbito da relação contratual, como por outras entidades administrativas externas ao contrato ou ainda pelo Estado Legislador. Ou seja, num caso podemos estar perante modificações aprovadas por outro poder (legislativo), enquanto noutro estaremos ainda perante o mesmo poder administrativo (que pode ser também contratante), mas fora do âmbito da relação contratual.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ Cfr. art. 314.º, n.º 1, al. a) do CCP.

⁽¹⁰⁹⁶⁾ O CCP não esclarece, de resto, que tipo de medidas podem estar em causa, nomeadamente se se trata apenas de medidas administrativas ou se também se incluem medidas legislativas.

⁽¹⁰⁹⁷⁾ CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, op. cit., p. 545.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ E, naturalmente, que as medidas em causa sejam lícitas.

O facto do príncipe distingue-se, assim, de acordo com a definição por nós adoptada, quer da modificação unilateral do contrato, quer dos casos imprevistos.

Com efeito, diferentemente do poder de modificação unilateral do contrato, na modificação por facto do príncipe está em causa o exercício de poderes extra-contratuais.

Isto significa que uma medida adoptada pelo contraente público só será considerada facto do príncipe se a mesma for praticada fora do âmbito da relação contratual, não tendo o contrato como objecto (será o caso, por exemplo, de um regulamento que o contraente público adopte no exercício da função administrativa). Já, porém, quaisquer medidas adoptadas por entidades administrativas externas ao contrato que tenham como efeito a sua modificação (isto independentemente de terem ou não o contrato como objecto) são por nós também consideradas como “fait du prince”. Neste caso, mesmo que a medida seja um acto administrativo que vise directamente modificar o contrato não poderá ser, no entanto, reconduzida à figura da modificação unilateral do contrato porque emana de uma entidade pública estranha à relação contratual.

Em relação às situações que operam no domínio da imprevisão, como refere VIEIRA DE ANDRADE, as alterações por facto do príncipe *“não têm de ser necessariamente alterações que afectem a base contratual, bastando que sejam imputáveis a essa decisão pública e se repercutam de modo específico na situação contratual do co-contratante, isto é, que desequilibrem o contrato, causando uma maior onerosidade das prestações deste, tal como não tem de se provar que a exigência das prestações seja contrária à boa fé, nem terá, em regra, sentido operativo o limite da não cobertura pelos riscos contratuais”* ⁽¹⁰⁹⁹⁾.

A isto acrescentaríamos ainda nós que as referidas alterações não têm sequer que ser imprevisíveis. Deste modo, a teoria do “fait du prince” não deverá ser afastada apenas pelo facto de, por exemplo, ser expectável que, num futuro não muito longínquo, a União Europeia venha a adoptar (ou a impor a adopção pelos Estados-Membros) de determinadas medidas no âmbito do processo de liberalização do sector da electricidade que podem vir a repercutir-se directamente nos contratos regulatórios actualmente em vigor ⁽¹¹⁰⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁹⁾ VIEIRA DE ANDRADE, “A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos””, op. cit., p. 33.

⁽¹¹⁰⁰⁾ Este aspecto terá, no entanto, de ser sempre analisado em concreto para efeitos de apuramento de eventuais responsabilidades das partes e de pagamento da correspondente indemnização. Com efeito, se se tratar de uma alteração que, de alguma forma, o co-contratante privado pudesse ter antecipado, reduzindo dessa forma os prejuízos que uma eventual modificação do contrato lhe viesse a causar, esse aspecto deverá ser devidamente

Por último, há ainda que referir que enquanto o facto do príncipe “*corresponde sempre a uma intervenção autoritária dos poderes públicos sobre o contrato*”, que implica a sua imediata alteração, no caso da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias “*tudo o que tem lugar é uma mera alteração do enquadramento (de facto ou de direito) que esteve na base da decisão de contratar (...), não se verificando, portanto, uma afectação imediata do contrato*” ⁽¹¹⁰¹⁾. Deste modo, neste último caso, as partes que nisso tiverem interesse terão sempre de requerer a modificação ou a extinção do contrato com aquele fundamento, a qual implicará, na falta de acordo das partes, a existência de uma decisão judicial ou arbitral ⁽¹¹⁰²⁾.

Por todas estas razões, não concordamos com a noção de facto do príncipe que resulta do Código dos Contratos Públicos.

Assim, de acordo com a noção ampla de facto do príncipe que acolhemos, devem ser também integradas naquele instituto não só as modificações previsíveis, como as medidas genéricas que as autoridades reguladoras adoptem e que, apesar de não terem como objecto um determinado contrato regulatório, acabam por repercutir os seus efeitos na relação contratual, determinando uma modificação do contrato, como ainda os próprios actos administrativos concretos que estas entidades pratiquem no âmbito da sua função de regulação e que tenham como objecto a modificação de um determinado contrato regulatório no qual não são parte (ao abrigo, por exemplo, dos seus poderes de orientação ou de fiscalização). Com efeito, neste último caso, não obstante estar em causa a prática de um acto administrativo modificativo do contrato, o mesmo é estranho à relação contratual principal (estabelecida entre as partes contratantes), pelo que configura ainda, em nossa opinião, uma modificação por facto do príncipe.

Da mesma forma, cabem também nesta nossa definição de facto do príncipe as medidas aprovadas por órgãos legislativos supranacionais (desde que os seus actos vinculem o Estado Português) e que se reflectam (de modo directo ou apenas indirectamente) num determinado contrato regulatório. Com efeito, estaremos igualmente neste caso perante uma actuação não compreendida no âmbito da relação contratual.

considerado para efeitos de apuramento da indemnização a que tenha direito como consequência da modificação do contrato.

⁽¹¹⁰¹⁾ CLÁUDIA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, op. cit., pp. 68-69.

⁽¹¹⁰²⁾ Cfr. art. 311.º, n.º 1, al. b) do CCP. Excepção feita aos casos de resolução do contrato por decisão do contraente público com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que pode ser feita por decisão do contraente público (art. 330.º, al. c) do CCP).

Os pressupostos de que partimos para a aplicação da teoria do “fait du prince” (medidas jurídicas extra-contratuais que se reflectam, de modo específico, na relação contratual) permitem, portanto, abarcar as novas realidades trazidas pela regulação de serviços de interesse económico geral ao nível da possibilidade de modificação do instrumento de regulação que é o contrato regulatório.

As alterações por facto do príncipe operam independentemente de expressa previsão contratual. Isto não impede, porém, o contrato ou a lei de prever essa possibilidade, bem como de fixar as respectivas consequências ⁽¹¹⁰³⁾. Veja-se o artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na sua versão original, a propósito da modificação do contrato de concessão da Transgás em virtude da implementação do “unbundling” (separação jurídica e patrimonial) da actividade de transporte de gás natural. Com efeito, dispunha-se naquele artigo que *“o actual contrato do serviço público de importação de gás natural e do seu transporte e fornecimento através da rede de alta pressão, celebrado entre o Estado e a Transgás, S. A., deve ser modificado por força das alterações decorrentes do presente decreto-lei e da legislação complementar, salvaguardando-se o princípio do equilíbrio contratual nos termos nele previstos”*.

Do mesmo modo, prevê-se também, por exemplo, nas bases do contrato de concessão de distribuição de gás natural que *“o contrato de concessão pode também ser alterado por força de disposição legal imperativa, designadamente a decorrente das políticas energéticas aprovadas pela União Europeia e aplicáveis ao Estado Português”* (base XXXI, n.º 2 do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro). No mesmo sentido, estabelece-se igualmente na base XXXIV, n.º 2 da concessão da rede nacional de transporte de electricidade que *“com o objectivo de assegurar a permanente adequação da concessão às exigências da regularidade, da continuidade e da qualidade do serviço público ou por alteração do regime de exclusivo que decorra da transposição para o direito português de legislação da União Europeia, o concedente reserva-se o direito de alterar as condições da sua exploração”* (Anexo III ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, renumerado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro).

O problema existe, no entanto, quando da modificação do contrato provenha para o contraente privado um encargo financeiro que este não suportaria se não

⁽¹¹⁰³⁾ Com efeito, conforme referimos acima, diferentemente do que acontece com a alteração das circunstâncias (imprevisão), os actos que determinam a modificação do contrato por facto do príncipe podem ser previsíveis, nomeadamente podem estar previstos no próprio contrato.

tivesse contratado, nada se estabelecendo no contrato ou na lei sobre a forma de compensar o particular ⁽¹¹⁰⁴⁾.

Esta obrigação de indemnização não existe, porém, perante quaisquer medidas que afectem o contrato (como uma subida geral de impostos ou a alteração da legislação laboral), mas apenas perante medidas que tenham um efeito directo e imediato sobre o contrato ⁽¹¹⁰⁵⁾, apesar de não o terem directamente como objecto, e que causem um prejuízo anormal ao contratante privado ⁽¹¹⁰⁶⁾.

Em causa está, portanto, uma situação em que o particular tem direito a ser compensado pelos prejuízos que a mesma lhe causou e que se funda, em última análise, em nossa opinião, no princípio da igualdade perante os encargos públicos.

Com efeito, não seria legítimo que os custos da regulação fossem suportados apenas pelos co-contratantes privados quando os benefícios da regulação têm em vista a colectividade em geral.

As consequências destas medidas devem ser, no entanto, diferentes, consoante a natureza da entidade responsável pela medida que determina a modificação do contrato. A doutrina tem divergido, porém, quanto às soluções a dar nestes casos.

CARLA AMADO GOMES considera, por exemplo, que se as alterações que o adjudicante promove são alheias à sua esfera de intervenção, as mesmas devem funcionar como caso imprevisto para a entidade adjudicante, ou seja, esta alteração não deve gerar, para o adjudicante, um dever de ressarcimento para além dos danos emergentes, nos termos da equidade ⁽¹¹⁰⁷⁾.

Da mesma forma, a Autora considera que a situação que designa por “factum principis” em sentido próprio (e que diz respeito a alterações legislativas) também deve funcionar como facto imprevisto para a entidade administrativa adjudicante, gerando

⁽¹¹⁰⁴⁾ Em sentido diferente, a lei pode prever, no entanto, que não haverá lugar a qualquer indemnização, tornando as consequências destas alterações um risco a assumir pelo co-contratante privado.

⁽¹¹⁰⁵⁾ No mesmo sentido, CLÁUDIA PINTO entende que só estaremos perante um acto de poder passível de integrar um facto do príncipe quando as medidas “*por si só, alterarem o conteúdo das obrigações, a natureza, a quantidade, a qualidade ou os termos da execução das prestações das partes, assim determinando uma modificação intrínseca do contrato ou mesmo a sua extinção*” (*O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, op. cit., p. 84).

⁽¹¹⁰⁶⁾ CLÁUDIA PINTO designa este último requisito das medidas que integram a noção de facto do príncipe por “especialidade”, de acordo com o qual “*devem confrontar-se os encargos acrescidos do cocontratante ou do grupo de cocontratantes lesados e os encargos impostos aos administrados em geral, de tal forma que haverá especialidade sempre que o acto de poder incida sobre aquele ou aqueles colocando-os em situação de desigualdade em relação aos cidadãos em geral*” (*O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, op. cit., p. 96).

⁽¹¹⁰⁷⁾ CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, op. cit., pp. 535-536.

um dever de compensar o contraente pela manutenção do contrato em termos diferenciados, nos termos da equidade ⁽¹¹⁰⁸⁾.

Já MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS defendem que *“tratando-se de facto do príncipe do próprio contraente público, aplicam-se os regimes da modificação e da resolução unilaterais dos contratos administrativos, uma vez que as situações por eles reguladas são absolutamente idênticas àquela nos planos estrutural e material; tratando-se de facto do príncipe imputável a uma pessoa colectiva estranha à relação contratual, recai-se no regime das pretensões indemnizatórias por sacrifício de direitos patrimoniais privados”* ⁽¹¹⁰⁹⁾.

Na doutrina estrangeira encontramos também referências ao tratamento diferenciado destas situações, nomeadamente em regimes federais como é o caso do Brasil. Deste modo, escreve MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *“no direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do facto do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo facto do príncipe for da mesma esfera do governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão”* ⁽¹¹¹⁰⁾.

Quanto ao nosso direito positivo e considerando o Código dos Contratos Públicos, o Código apenas contempla, como já escrevemos acima, a hipótese de facto do príncipe com fundamento numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a uma decisão adoptada pelo contraente público, fora do âmbito da relação contratual, reconhecendo nestas situações a existência de um direito do co-contratante privado à reposição do equilíbrio financeiro ⁽¹¹¹¹⁾. CARLA AMADO GOMES entende, no entanto, que a opção do legislador foi no sentido de reconduzir a alteração provocada pela emissão de medidas por entidade diversa da adjudicante aos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, quer estas medidas tenham origem na função administrativa, quer na função legislativa, aplicando-se-lhes nestes casos o disposto no artigo 314.º, n.º 2 do CCP, ou seja, conferindo tal situação direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade ⁽¹¹¹²⁾.

Pela nossa parte, entendemos que se devem efectivamente distinguir as consequências do facto do príncipe consoante as medidas que estão na base das

⁽¹¹⁰⁸⁾ Idem, pp. 536-537.

⁽¹¹⁰⁹⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, op. cit., p. 423.

⁽¹¹¹⁰⁾ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 18.ª edição, Editora Atlas, SA, São Paulo, 2005, p. 267.

⁽¹¹¹¹⁾ Cfr. 314.º, n.º 1, al. a) do CCP.

⁽¹¹¹²⁾ CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, op. cit., pp. 548-549.

alterações contratuais são aprovadas por entidades supranacionais ou por entidades nacionais. No último caso, deve ainda distinguir-se consoante as medidas provenham da pessoa colectiva do contraente público (no caso deste ser o Estado, incluem-se aqui as medidas aprovadas pelos órgãos da Administração Directa do Estado, bem como pelo Estado Legislador ⁽¹¹¹³⁾) ou de uma pessoa colectiva pública estranha à relação contratual (como as autoridades reguladoras independentes). Este nosso entendimento tem, por sua vez, pressuposto que o responsável pelo pagamento da compensação será o contraente público ⁽¹¹¹⁴⁾.

Com efeito, não é de todo irrelevante que as medidas provenham de entidades diferentes do contraente público e que nalguns casos tenham mesmo completa autonomia em relação a este.

Assim, se se tratar de uma alteração imposta directamente por um regulamento da União Europeia, a compensação financeira a que o co-contratante privado terá direito deve ser calculada, em nossa opinião, nos termos da teoria da imprevisão, ou seja, segundo critérios de equidade.

Com efeito, neste caso, a modificação do contrato não pode ser imputável a uma medida adoptada pelo contraente público, razão pela qual aquela alteração deve funcionar como caso imprevisto quer para o co-contratante privado, quer para o contraente público, devendo os prejuízos sofridos pelo particular ser partilhados pelas partes.

Diferentemente, se se tratar de facto do príncipe imputável ao contraente público, o contraente privado terá direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato (tendo direito a ser indemnizado pelos danos emergentes, bem como pelos lucros cessantes que tal actuação lhe cause), nos mesmos termos em que teria se a modificação contratual fosse devida a um acto administrativo do contraente público. Admitir outra solução seria permitir que o contraente público se servisse do facto do

⁽¹¹¹³⁾ Nomeadamente as situações em que o Governo-legislador intervém num contrato celebrado pelo Governo-administração, mas também as situações em que as medidas legislativas são aprovadas pelo Parlamento (e o contrato celebrado pelo Governo). Em sentido diferente, CLÁUDIA PINTO, embora reconduza a primeira situação (Governo-legislador) a um acto de poder ainda praticado pelo contraente público, entende que no segundo caso (medidas aprovadas pelo Parlamento), apesar de integrar uma hipótese de facto do príncipe, reveste a modalidade de facto do príncipe praticado por um ente público estranho à relação contratual (CLÁUDIA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, op. cit., pp. 79 e segs.) Em nossa opinião, ainda estamos, no entanto, perante a mesma pessoa colectiva, pelo que não fazemos aquela distinção.

⁽¹¹¹⁴⁾ No mesmo sentido, MARCELLO CAETANO considerava que ainda que a alteração fosse devida a acto de autoridade proveniente de pessoa colectiva diferente do contraente público, a responsabilidade pelas repercussões financeiras daí advenientes deveria ser sempre do contraente público, uma vez que é este quem representa os beneficiários dos encargos impostos ao património de um só ou de alguns (MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, op. cit., pp. 621-622).

príncipe para modificar o contrato, de forma a *aliviar* as consequências da modificação unilateral por razões de interesse público (uma vez que a reposição do equilíbrio económico-financeiro é mais benéfica para o particular). Esta consequência aplica-se mesmo se o contraente público for o Estado (Administração) e a alteração tiver origem numa medida legislativa (Estado Legislador) e ainda que a mesma seja imposta pela União Europeia, em virtude, por exemplo, da transposição de uma Directiva.

Efectivamente, ainda que a origem da medida seja externa (Directiva europeia), a mesma foi vertida em legislação nacional, tendo sido aprovada pelos competentes órgãos legislativos nacionais no âmbito da margem de aplicação conferida pelos instrumentos jurídicos comunitários ⁽¹¹¹⁵⁾. Esta situação deve distinguir-se, portanto, quanto às suas consequências indemnizatórias, dos casos em que as medidas externas vigoram directamente na nossa ordem jurídica, sem intermediação dos órgãos nacionais (nomeadamente no caso de regulamentos comunitários, conforme referimos acima).

Finalmente, se se tratar de facto do príncipe imputável a uma pessoa colectiva pública diferente do contraente público, o particular apenas terá direito, em nosso entender, a uma compensação financeira segundo critérios de equidade ⁽¹¹¹⁶⁾. Em causa podem estar medidas normativas ou actos administrativos aprovados por entidades terceiras à relação contratual, nomeadamente autoridades reguladoras independentes, e que, portanto, não podem também ser imputáveis ao contraente público para efeitos de atribuição ao particular do direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato. Com efeito, ainda que seja o contraente público a promover a concreta modificação do contrato (embora não tenha de ser

⁽¹¹¹⁵⁾ É designadamente o que se estabelece na base XXXIV, n.º 3 do contrato de concessão da rede de transporte nacional de electricidade, de acordo com a qual *“quando, por efeito do número anterior, se alterem significativamente as condições de exploração, o concedente compromete-se a promover a reposição do equilíbrio contratual desde que a concessionária, neste último caso, faça a prova de não poder prover a tal reposição recorrendo aos meios resultantes de uma correcta e prudente gestão financeira e a prova seja aceite pelo concedente”*. O número anterior dispõe, por sua vez, que *“com o objectivo de assegurar a permanente adequação da concessão às exigências da regularidade, da continuidade e da qualidade do serviço público ou por alteração do regime de exclusivo que decorra da transposição para o direito português de legislação da União Europeia, o concedente reserva-se o direito de alterar as condições da sua exploração”* (Anexo III ao Decreto-Lei n.º 172/2006, renumerado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012).

⁽¹¹¹⁶⁾ Do mesmo modo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA escreve que se lhe afigura também mais adequado *“(...) circunscrever o dever de reposição do equilíbrio financeiro do contrato decorrente de facto do príncipe às situações em que a quebra desse equilíbrio resulte de medidas imputáveis ao próprio contraente público. Só, na verdade, nesse caso, tal como no do exercício do poder de modificação unilateral, ao qual é, deste modo, equiparado para o efeito, se justifica onerar o contraente público com o dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato”* (Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares, Almedina, Coimbra, 2012, p. 302). O Autor não esclarece, no entanto, qual deverá ser o regime jurídico aplicável nas situações em que o contrato tenha de ser modificado para se ajustar a alterações decorrentes de medidas imputáveis a outras entidades administrativas ou ao próprio legislador.

necessariamente assim, por exemplo, nos casos em que seja possível uma intervenção directa de uma entidade reguladora no contrato), a decisão que está na origem dessa modificação do contrato não lhe pode ser, no entanto, imputável.

A aplicação destas consequências não afasta, porém, a possibilidade de recurso (cumulativo) ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas quando estiverem preenchidos os respectivos pressupostos (por exemplo, da responsabilidade por acto lícito) e ainda existirem prejuízos a ressarcir ⁽¹¹¹⁷⁾.

⁽¹¹¹⁷⁾ No mesmo sentido, CARLA AMADO GOMES admite que a concretização do dever de ressarcimento que recai sobre o contraente público na situação de modificação unilateral induzida ou reflexa *“não obviará, no entanto, à propositura de uma acção contra a entidade administrativa responsável pelas medidas gerais, a título de efectivação da responsabilidade administrativa por facto lícito (exigindo, portanto, a demonstração da especialidade e anormalidade do prejuízo), caso a manutenção do contrato se revele insustentável para o co-contratante”*, da mesma forma que numa situação de *“factum principis”* em sentido próprio caso o contrato não sobreviva à radicalidade das alterações impostas, entende a mesma Autora, resta ao contraente a imputação de responsabilidade por facto da função legislativa, a determinar nos termos do artigo 15.º da Lei n.º 67/2007, 31 de Dezembro (CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, op. cit., pp. 535-537).

6. A mudança do papel do Estado e a evolução recente do Direito Administrativo Português. Síntese conclusiva.

O modelo de Administração Pública e de Direito Administrativo é, indubitavelmente, influenciado, em cada momento histórico, pelo modelo de Estado (administrativo) vigente.

Se os modelos de Estado Liberal de Direito e de Estado Social de Direito foram consequência, o primeiro, das revoluções americana e francesa do século XVIII e o segundo da primeira e segundas guerras mundiais vividas no século XX, o modelo de Estado Regulador é fruto do movimento de globalização que desde finais do século passado tem marcado o nosso quotidiano.

Moldado a partir dos ventos da liberalização e da privatização que desde há muito sopram do outro lado do Atlântico, seria apenas, efectivamente, no contexto de um mundo cada vez mais global que este novo modelo de Estado acabaria por ver a luz do dia na Europa. A globalização foi, aliás, uma das principais responsáveis pela sua disseminação pelos diferentes Estados-Membros que compõem hoje a União Europeia.

Na origem do seu aparecimento estão essencialmente dois factores: a desilusão com o modelo de Estado Providência herdado das décadas anteriores e a necessidade, face a uma crescente interdependência entre as diferentes economias nacionais, de tornar os mercados mais eficientes, mais produtivos e, sobretudo, mais competitivos ⁽¹¹¹⁸⁾.

A estes factores juntram-se, mais recentemente, as crises da dívida pública e a necessidade de proceder a reformas estruturais nos sectores públicos nacionais, factores esses que se têm feito sentir particularmente em Portugal e que conduziram à implementação, no nosso país, de um extenso programa de privatizações, bem como à abertura de antigos monopólios públicos ao mercado.

Não é de estranhar, portanto, que neste contexto, o modelo do Estado empresário e gestor de grandes serviços públicos, como a energia, as comunicações electrónicas, os serviços postais ou os transportes ferroviários, tenha entrado em crise.

⁽¹¹¹⁸⁾ Podem ser, no entanto, indicados outros factores, como a revolução das ideologias económicas até este momento dominantes e a consequente expansão das doutrinas neoliberais, a que se juntaram as novas aspirações dos “utentes” dos serviços públicos que, transformados em “clientes” destes serviços, reclamam uma maior qualidade e uma maior variedade na prestação dos mesmos e, finalmente, ainda uma série de desenvolvimentos tecnológicos que reduziram o âmbito dos tradicionais monopólios naturais em algumas indústrias de rede, como as telecomunicações – cfr. CHRISTIAN STOFFAES, “The deregulation of network services in the European Union”, in AAVV, *European Regulatory Agencies*, GIACINTO DELLA CANANEA (editor), Editions Rive Droite, collection ISUPE, Paris, 2005, pp. 34 e segs..

A figura do Estado empresário e gestor tem vindo, assim, a ceder paulatinamente o seu lugar a agentes económicos privados que são os novos responsáveis pelo exercício, em regime de mercado, de actividades até há bem pouco tempo reservadas, em exclusivo, aos poderes públicos.

Não nos enganemos, porém, sobre o sentido desta liberalização. Com efeito, as preocupações de interesse geral que conduziram ao estabelecimento de monopólios públicos não desapareceram ou foram sequer definitivamente afastadas ⁽¹¹¹⁹⁾.

Significa isto, portanto, que o Estado não desapareceu, apenas se assistindo a uma transformação do seu papel.

Deste modo, de uma intervenção pública directa na economia passamos agora para uma intervenção indirecta. As funções produtivas e de gestão autonomizam-se da função de regulação, reservando-se para o Estado um novo papel de orientador, supervisor e fiscalizador do mercado.

Longe, portanto, de representar um papel meramente decorativo, ao Estado cabe agora a importante função de velar pelo funcionamento equilibrado do mercado, que o mesmo é dizer, garantir a satisfação (ainda que de forma indirecta) do interesse colectivo geral, conciliando valores económicos (como a concorrência e a eficiência económica), com valores sociais (como o serviço universal, a continuidade, a regularidade e a segurança do abastecimento ou a protecção do meio-ambiente). A isto chama-se regular.

A regulação é, assim, a *nova forma de administrar* deste Estado Regulador.

Neste particular, o Direito Comunitário desempenhou (e continua a desempenhar) um papel fundamental, ao servir de *veículo de transmissão*, entre os diferentes Estados-Membros, de institutos e de figuras jurídicas, inclusivamente num domínio, por tradição, considerado eminentemente nacional: o Direito Administrativo.

Efectivamente, diferentemente do que se pensava até ao final do século XX, o Direito Administrativo demonstrou nestes últimos anos não ser um direito exclusivo de cada país, *immune* a quaisquer influências externas. Os movimentos de liberalização e de privatização que, sob a influência do Direito Comunitário, se espalharam por toda a Europa e que atingiram, de forma especial, os sectores dos tradicionais serviços públicos económicos, levando a uma reformulação da intervenção pública na economia, viriam a ser, aliás, o mote perfeito para transformar os Direitos Administrativos nacionais, impregnando-os de elementos *estranhos* aos mesmos.

Este fenómeno de *contaminação jurídica*, alimentado pelo Direito Comunitário, foi, assim, o principal responsável pelo aparecimento do novo modelo de Estado na

⁽¹¹¹⁹⁾ GUYLAIN CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence (Essai sur la pérennité du droit public en économie de marche)*, Dalloz, Paris, 2006, p. 653.

Europa e, como sua consequência, pela aproximação, num segundo momento, dos sistemas administrativos franco-germânicos aos sistemas administrativos anglo-saxónicos onde o modelo de Estado Regulador cedo se desenvolveu.

Com efeito, ao contrário dos sistemas administrativos franco-germânicos onde a regulação nunca foi vista com autonomia em relação a outras formas de intervenção do Estado na economia, nos sistemas anglo-americanos, em especial no sistema administrativo americano, a regulação foi sempre a única (ou pelo menos, a mais importante) forma de intervenção pública na actividade económica.

Deste modo, a implementação de um novo modelo de Estado Regulador em países como Portugal, com tudo o que isso representa para o nosso Direito Administrativo, acaba também por desafiar a ideia tradicional de que são os sistemas franco-germânicos de Direito Administrativo (sem dúvida, mais antigos e historicamente mais robustos) que influenciam os respectivos sistemas anglo-americanos.

A regulação converte-se, portanto, no centro do novo Direito Administrativo característico do modelo de Estado Regulador, inclusivamente nos sistemas de matriz francesa como o nosso.

Em causa está um fenómeno que, a par da superação das fronteiras territoriais, supera também as fronteiras disciplinares, levando e trazendo para o Direito outros saberes, nomeadamente da economia (Análise Económica do Direito), da sociologia (sociologia do Direito) e da ciência política.

A regulação surge então como a *“nova face da intervenção dos poderes públicos na economia”* ⁽¹¹²⁰⁾, em particular nas indústrias de rede.

Essa intervenção não se faz agora, portanto, através de empresas públicas (ou pelo menos, não a título principal), mas essencialmente de forma indirecta, através da regulação da actividade dos agentes económicos, a qual se destina a corrigir precisamente as falhas do mercado em sectores em que, por diversos factores estruturais, a dinâmica deste não pode desenvolver-se de forma natural.

Tudo isto teve e tem consequências ao nível do Direito Administrativo, algumas das quais são bastante recentes, pelo que ainda não estão definitivamente consolidadas.

Com efeito, o Direito Administrativo teve de encontrar (novas) formas jurídicas de regular os recém-abertos monopólios públicos, disciplinando o acesso, bem como o exercício, pelos operadores, de actividades económicas entretanto privatizadas, salvaguardando, em simultâneo, a satisfação das necessidades dos consumidores e

⁽¹¹²⁰⁾ Idem, p. 707.

os direitos de livre iniciativa económica e de propriedade privada dos operadores. Ao mesmo tempo, foi também necessário encontrar novas técnicas que permitissem aos monopólios que se mantiveram não ser completamente anti-concorrenciais.

Deste modo, e ao contrário do que se poderia pensar, a revitalização do mercado (e da sociedade) não reduziu o papel do Estado, nem tão pouco conduziu a uma redução da esfera de actuação do Direito Administrativo em favor do Direito Civil ⁽¹¹²¹⁾. Pelo contrário, estando em causa uma actividade administrativa (regulação), o Direito Administrativo continua a ter um papel indispensável na sua disciplina ainda que, para tal, tenha tido de adaptar-se.

Essa adaptação assume diferentes formas.

Assim, ao lado dos tradicionais instrumentos jurídicos administrativos (como o regulamento, o acto ou o contrato) – que continuam a ser as principais formas de agir administrativo, apesar dos novos desafios a que agora se encontram sujeitos –, surgem também novos instrumentos regulatórios que, ao contrário daqueles, não são vinculativos (*soft law*).

A adaptação porventura mais profunda fica a dever-se, no entanto, em nossa opinião, à necessidade de acomodar uma nova realidade que é a da redução do poder estatal como produtor exclusivo de direito nacional.

Esta realidade manifesta-se em três aspectos distintos.

O primeiro diz respeito ao recurso crescente a formas de auto-regulação (regulamentos privados; contratos entre privados) que privilegiam a liberdade de actuação dos cidadãos e das empresas, valendo-se, quanto a estas, dos seus especiais conhecimentos do sector, de forma a diminuir os constrangimentos ao funcionamento do mercado. Em causa está, no entanto, uma auto-regulação (privada) sujeita a regulação pública ou, como refere SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, a propósito do sector eléctrico, “*um sistema de mistura de regras de procedência jurídico-pública e jurídico-privada (um Direito administrativo regulador de agentes que se movem numa órbita de Direito privado)*” ⁽¹¹²²⁾.

Este fenómeno evidencia, por sua vez, um outro que é o do esbatimento das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado. Embora não seja um fenómeno

⁽¹¹²¹⁾ Em sentido diferente, SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ afirma que “*a liberalização implica que o poder público deixe de gozar do exclusivo na gestão da actividade publicada, levando também a uma perda das áreas de regulação por parte do Direito administrativo; com efeito, enquanto o objecto fundamental do regime do Direito administrativo dos serviços públicos é constituído pela organização dos ditos serviços (assim como os seus limites e garantias), num regime de mercado liberalizado, o essencial são as relações de Direito civil que estabelecem os agentes privados intervenientes nesse mercado*” (*Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes (Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, op. cit., p. 82).

⁽¹¹²²⁾ Idem, p. 324.

recente, os contornos que o mesmo assume hoje são, contudo, novos, com a crescente utilização de instrumentos de direito privado, elaborados por meros privados, como verdadeiros instrumentos regulatórios (sobretudo, no contexto da neoregulação).

Já não está em causa, portanto, apenas a utilização de instrumentos de direito privado ou de formas jurídico-organizatórias privadas pela Administração Pública; no novo cenário (liberalizado), existem categorias jurídicas que são construídas sobre “a base de um novo Direito em que as fronteiras do público e do privado desapareceram em boa parte” ⁽¹¹²³⁾. Um bom exemplo de quanto se acaba de escrever é dado pela figura do contrato regulatório que, de acordo com a nossa construção, tanto pode ser um instrumento de Direito Público, como um instrumento de Direito Privado, uma forma de hetero-regulação pública, como uma forma de auto-regulação sujeita a regulação pública, e que ilustra, da melhor maneira, essa confluência que o direito da regulação potencia entre normas de Direito Público e normas de Direito Privado, entre actores públicos e actores privados com poderes de regulação.

O segundo aspecto em que se traduz a nova realidade da redução do poder estatal como produtor exclusivo de direito nacional prende-se com a generalização dos poderes normativos (quasi-legislativos) das autoridades reguladoras independentes, com todas as questões que isso coloca, nomeadamente ao nível da legitimidade democrática daquelas entidades e da necessidade de repensar a relação do poder legislativo (na sua vertente de poder estatal) com o poder administrativo (das autoridades reguladoras independentes).

Finalmente, a redução do poder estatal como produtor exclusivo do direito nacional fica também evidenciada pela crescente *hegemonia* do direito supranacional (em especial, do Direito da União Europeia), visível, por exemplo, em relação às alterações impostas ao quadro regulatório nacional e que obrigam a repensar a dogmática jus-administrativa tradicional em matéria de modificação de actos administrativos e de contratos administrativos. Estas questões ganham, aliás, uma especial acuidade no quadro de um sistema regulatório multi-nível como é o nosso.

Mas a evolução recente do Direito Administrativo nacional põe igualmente a descoberto alguns paradoxos.

Desde logo, não deixa de ser curioso que paralelamente ao crescimento da autonomia da actividade regulamentar da Administração (que reflecte a especial preparação técnica das autoridades reguladoras independentes, a par da especial impreparação dos Parlamentos para lidar com as questões regulatórias), a margem de

⁽¹¹²³⁾ JORGE FABRA UTRAY, *Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 49.

discrecionariedade para a prática de certos actos administrativos tenda a ser mais reduzida.

Com efeito, com a progressiva liberalização dos serviços de interesse económico geral, tende a diminuir, nalguns casos, a margem de livre decisão da Administração (veja-se o procedimento administrativo dos actos de registo prévio), o que é uma consequência, por sua vez, da necessidade de reduzir a quantidade, bem como a intensidade dos controlos administrativos de forma a eliminar obstáculos (burocráticos) ao livre funcionamento dos mercados.

Por outro lado, a eliminação de alguns controlos públicos “a priori” (nomeadamente através da generalização da figura das comunicações prévias), ainda que se justifique pela existência de prévios direitos de iniciativa económica e de propriedade, acaba por comportar, no entanto, o risco acrescido de maior instabilidade da situação dos operadores, uma vez que, posteriormente, e após a realização de certos investimentos, poderá vir a pôr-se em causa aquela “autorização” prévia.

Por último, não deixa também de ser interessante notar que o contrato, que é considerado uma das formas da neoregulação por excelência, sinónimo de uma regulação mais flexível e menos autoritária, continue a ser usado para regular (de forma mais intensa) actividades ainda exercidas em monopólio (como as redes de transporte e de distribuição de energia).

Estes são, portanto, alguns dos sinais da evolução recente do Direito Administrativo português, no quadro do novo modelo de Estado Regulador.

Em nossa opinião, esses sinais podem ainda ser condensados em dois outros aspectos mais gerais: por um lado, o desafio de encontrar novas formas de actuação para as entidades públicas (mais flexíveis, menos intrusivas, mais negociadas) que não representem, elas próprias, um obstáculo ao funcionamento normal do mercado, e, simultaneamente, a constatação da existência de uma nova função do Direito Administrativo.

Em relação a este último aspecto, a ideia do Direito Administrativo como um direito vocacionado para a estabilização das relações jurídicas administrativas, na vertente de protecção dos interesses privados, acaba por ser posta em causa neste novo contexto. Não é já, portanto, o Direito Administrativo autorizador do Estado Liberal, nem tão pouco o Direito Administrativo de serviço público do Estado Social que está diante de nós.

No novo quadro, e no âmbito do exercício da nova função administrativa que é a regulação, o Direito Administrativo assume-se, antes, como um direito fundamentalmente orientador, influenciador, supervisor de condutas privadas que interessam à colectividade, o que obriga a encontrar, num contexto de mercado sujeito

a permanente evolução, novas formas de contrabalançar o princípio da prossecução de interesses públicos “actuais” com os princípios da estabilidade das relações administrativas e da segurança jurídica, na sua vertente de protecção da confiança, de forma a assegurar, em cada momento, que a actuação dos privados respeita o interesse público.

Deste modo, e sem prejuízo do que o futuro nos poderá ainda reservar nesta matéria, e é certo de que o fará, uma coisa pode, porém, desde já adiantar-se: a regulação dos serviços de interesse económico geral veio, decididamente, impor uma renovação do Direito Administrativo.

O objectivo desta Parte III da nossa dissertação foi, precisamente, fornecer algumas pistas que ajudem a compreender o âmbito e a extensão dessa renovação, pelo menos até à presente data.

PARTE IV

O exemplo do sector da energia

Introdução

Porquê a escolha da regulação da energia (electricidade e gás natural) para ilustrar a(s) nossa(s) tese(s) de que estamos perante uma forma diferente de intervenção pública na economia, que se reflecte, por sua vez, nas técnicas e nos instrumentos jurídicos usados pela Administração deste novo Estado Regulador?

Os motivos são, essencialmente, três. Desde logo, porque o sector da electricidade e o sector do gás natural fazem parte do elenco dos tradicionais serviços públicos de natureza económica. Por outro lado, trata-se de sectores estratégicos (na medida em que deles dependem outros sectores económicos), que satisfazem também necessidades colectivas básicas, das quais depende, em última análise, a qualidade de vida dos cidadãos na sociedade contemporânea. Finalmente, são sectores em que, precisamente mercê da sua enorme importância em termos políticos e sociais, a intervenção pública foi sempre uma constante, fosse para garantir a soberania nacional, a segurança do abastecimento, o preço da energia ou, simplesmente, para proteger os consumidores mais vulneráveis. A estes factores poderíamos ainda acrescentar um outro que se prende com a importância que estes mercados revestem também ao nível da União Europeia, em especial no quadro da construção de um Mercado Único Europeu.

Motivos, portanto, mais do que suficientes para que tenhamos escolhido os sectores da electricidade e do gás natural para demonstrar, em concreto, as teses que fomos formulando, em termos sobretudo teóricos, nas restantes partes desta dissertação.

Com efeito, parece não merecer dúvidas de que nos encontramos perante dois mercados que são fundamentais não só para a economia nacional, como também para a economia europeia, o que justifica, só por si, a intervenção pública nos mesmos. Deste modo, temos diante de nós um terreno fértil para examinar, a propósito destes dois sectores económicos específicos, a evolução do papel do Estado e, ligada a esta, a evolução recente do Direito Administrativo português no novo contexto da regulação de serviços económicos de interesse geral.

Em sentido contrário, poder-se-á argumentar, porém, que as conclusões a que chegarmos (e que servirão para exemplificar as nossas teses) serão limitadas a estes dois casos concretos, uma vez que apesar de se tratar de dois sectores diferentes e, por isso, com características próprias, são mais as características que os aproximam do que aquelas que os separam.

Em defesa desta nossa opção, devemos dizer desde já, no entanto, que o nosso objectivo, ao escolhermos os casos da regulação do sector eléctrico e do sector do

gás natural, não foi analisar dois sectores distintos. A escolha destes dois sectores foi, antes, o resultado de uma escolha natural tendo em conta a opção que desde o início fizemos de estudar o sector energético no seu conjunto. Com efeito, não obstante as suas diferenças intrínsecas ⁽¹¹²⁴⁾, trata-se de dois sectores cujas actividades da cadeia de valor são muito semelhantes quer em termos de complexidade, quer relativamente aos problemas regulatórios que colocam ⁽¹¹²⁵⁾, razão pela qual a nossa análise será feita conjuntamente.

Isto não invalida, no entanto, que a nossa investigação, ainda que tendo como exemplo prático apenas o sector da energia, não possa servir, também, num contexto mais geral.

Com efeito, o facto de estarmos perante dois sectores em rede permite-nos, desde logo, extrapolar as conclusões da nossa análise para outros serviços como as comunicações electrónicas ou o transporte ferroviário ou mesmo o sector postal que tal como aqueles também são considerados serviços económicos de interesse geral prestados em rede. Assim, e não obstante as diferenças existentes para estes sectores e que são mais acentuadas do que as que se verificam entre o sector eléctrico e o sector do gás natural, a verdade é que, à semelhança daqueles, também estes mercados gravitam em torno de uma rede, o que justifica a aplicação de um conjunto de princípios e técnicas jurídicas semelhantes que distinguem este tipo de regulação da regulação, por exemplo, dos mercados financeiros ou do mercado de trabalho.

Deste modo, e não obstante o diferente nível de liberalização (e de privatização) de cada um destes sectores, os problemas regulatórios que os mesmos enfrentam são basicamente os mesmos, assim como tendem a ser também as mesmas as soluções jurídicas encontradas para os resolver ⁽¹¹²⁶⁾, o que permitirá generalizar, portanto, grande parte das nossas conclusões.

Efectivamente, e conforme já referimos na Parte II, *supra*, a abertura de todos estes sectores ao mercado e à concorrência, acompanhada na generalidade dos casos pela privatização das empresas públicas produtoras destes bens ou prestadoras

⁽¹¹²⁴⁾ Por exemplo, ao contrário do gás natural, a electricidade não pode ser armazenada. Por outro lado, enquanto a electricidade é uma fonte de energia secundária (gerada a partir de diferentes fontes de energia primárias como o carvão, o petróleo, a energia nuclear, o gás natural, fontes de energia renováveis), o gás natural é uma fonte primária.

⁽¹¹²⁵⁾ Com as excepções da actividade de produção que, no nosso país, apenas existe no sector eléctrico (uma vez que a totalidade do gás natural que é consumido em Portugal é importada a partir do exterior) e das actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL e de armazenamento subterrâneo que apenas existem no sector do gás natural, desde logo, porque a electricidade não é armazenável.

⁽¹¹²⁶⁾ Como, de resto, ficou bem patente na análise que fizemos quer na Parte II, quer na Parte III desta dissertação.

destes serviços, vem colocar novos problemas, a que a regulação pública procura dar resposta e que são genericamente conhecidos por falhas do mercado (monopólios naturais das redes de transporte e de distribuição, externalidades e assimetrias de informação, especialmente entre os comercializadores e os consumidores).

Em particular, em relação à electricidade e ao gás natural, estão em causa serviços demasiado importantes para que se possa correr o mínimo risco de mau funcionamento do mercado, já que isso teria consequências imprevisíveis tendo em conta os padrões de vida com que a nossa sociedade se habituou a viver.

Mas a regulação também é necessária mesmo quando o mercado funciona. Com efeito, no caso específico do sector energético, as condições particulares em que operam estes sectores (investimentos muito elevados tanto em redes, como em infra-estruturas, economias de escala, inelasticidade da procura, impossibilidade de armazenamento no caso da produção de energia eléctrica, elevado nível de complexidade técnica, entre outras) fazem destes mercados sempre mercados imperfeitos, razão pela qual a intervenção pública continua a ser necessária, inclusivamente em relação às actividades que são exercidas em plena concorrência (como a produção de electricidade ou a comercialização de electricidade e de gás natural).

Não nos enganemos, portanto. O facto de estarmos hoje (e cada vez mais) perante sectores abertos à concorrência e cuja gestão se encontra entregue a privados, não deve fazer esquecer o facto de que se trata, em todo o caso, de serviços de interesse geral, onde o Estado continua a desempenhar um papel fundamental, agora como regulador.

Deste modo, o sector da energia (electricidade e gás natural) fornece não só um bom exemplo da alteração do papel do Estado em matéria de prestação de serviços públicos económicos, como também da medida em que a emergência de um novo modelo de Estado Regulador determina o aparecimento de novos instrumentos administrativos e de uma nova organização institucional desenhada para regular estes mesmos sectores.

1. Criação de um Mercado Único de Energia

Para compreender a ideia de criação do mercado único de energia ⁽¹¹²⁷⁾, a nível europeu, é preciso compreender, antes de mais, o que está na sua origem. Assim, e parafraseando as palavras de VÍTOR SANTOS, proferidas a propósito da criação do Mercado Ibérico da Electricidade (MIBEL), podemos dizer que tal como em relação a este (embora neste caso a escala seja regional), o que esteve por detrás da ideia de construção de um mercado único de energia na Europa foi, igualmente, a constatação de que os mercados nacionais são manifestamente “insuficientes”, uma vez que os *“mercados energéticos carecem de massa crítica, dimensão e profundidade para funcionarem de forma eficiente”* ⁽¹¹²⁸⁾.

É então neste contexto, e tendo como pano de fundo o objectivo mais geral da construção de um mercado interno a nível europeu, que nasce a ideia do mercado único de energia. O projecto do mercado único de energia faz parte, portanto, de um projecto mais ambicioso que remonta à data da criação da Comunidade Económica Europeia, no distante ano de 1958, e que se traduz nas quatro liberdades fundamentais em que assenta o próprio projecto europeu: livre circulação de pessoas, livre circulação de mercadorias, livre circulação de capitais e livre circulação de serviços.

Durante muito tempo, no entanto, o sector da energia (electricidade e gás natural) foi considerado como estando “fora do raio de actividade” dos órgãos comunitários e, muito em particular, das regras da concorrência estabelecidas nos Tratados fundadores. Com efeito, havia a ideia generalizada (defendida, sobretudo, por Estados-Membros como a França) de que se verificava uma incompatibilidade entre as regras da concorrência e a função de serviço público própria deste sector, ou seja, considerava-se que um mercado funcionando em concorrência nunca conseguiria garantir os mesmos níveis de comodidade, segurança e de qualidade que o consumidor alcançaria se as actividades fossem prestadas apenas pelo Estado.

Esta situação acabaria, porém, por alterar-se, quando os Estados-Membros se aperceberam de que a energia era um “bem” estratégico para a competitividade da Comunidade no contexto internacional, contexto esse em que a crescente dependência das importações externas e as constantes mudanças geopolíticas

⁽¹¹²⁷⁾ Usamos esta expressão ou indistintamente a expressão “mercado interno de energia” para designar a mesma realidade.

⁽¹¹²⁸⁾ VÍTOR SANTOS, “A regulação do sector energético em Portugal: balanço e novos desafios”, in AAVV, *A Regulação da Energia em Portugal, 1997-2007*, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Lisboa, 2008, p. 23.

tornavam cada vez mais necessária uma acção conjunta e concertada da parte da Comunidade.

A ideia de criação de um mercado único de energia surge então não só como forma de os Estados-Membros, em conjunto, conseguirem melhores condições de fornecimento em relação a países terceiros, garantindo a segurança do abastecimento da Comunidade, mas igualmente como uma forma de diminuir os custos da energia através do aumento da concorrência e das economias de escala (o que beneficiaria directamente não só os consumidores finais, mas também a indústria), encorajando também o desenvolvimento, dentro da Comunidade, de empresas capazes de lidar, de forma eficiente, com a concorrência internacional.

Seria, apenas, porém, no final da década de oitenta e particularmente depois da aprovação do Acto Único Europeu, em 1986, que seriam dados os primeiros passos no sentido da implementação de um mercado único de energia.

Efectivamente, com a assinatura do Acto Único assume-se, de forma clara e decisiva, a meta da conclusão do mercado interno, dentro das fronteiras da Comunidade, o que implicava, desde logo, a eliminação de todas as barreiras (físicas, técnicas e fiscais) à circulação de bens e serviços, a harmonização das regras jurídicas e a aproximação entre legislações ⁽¹¹²⁹⁾. Desta forma, abria-se também o caminho para a construção, em termos sectoriais, de um mercado único de energia, visto como *“uma forma de cimentar a integração económica da Comunidade e, de uma forma mais prosaica e no curto prazo, como um meio igualmente de o tornar mais competitivo num mundo que está cada vez mais exposto a uma concorrência crescente”* ⁽¹¹³⁰⁾.

Entretanto, com a assinatura, em 1992, do Tratado de Maastricht passa a ser feita também referência, pela primeira vez num Tratado Europeu, ao mercado interno de energia ⁽¹¹³¹⁾.

A verdade, porém, é que não obstante todos estes avanços no sentido da construção de um mercado de energia a nível europeu, a situação em 1994 ainda estava muito longe de ser a ideal, com as diferenças de preços de energia entre os

⁽¹¹²⁹⁾ Veja-se o Livro Branco sobre o Mercado Interno (COM (85) 310 final, de 14 de Junho), onde se estabelece o programa e o calendário para a realização do Mercado Interno a nível europeu.

⁽¹¹³⁰⁾ Comunicação da Comissão sobre “O Mercado Interno de Energia” (COM (88), 238 final, de 2 de Maio), p. 5.

⁽¹¹³¹⁾ Cfr. art. 129.º-B, n.º 1 do Tratado da Comunidade Europeia, aditado pelo Tratado da União Europeia, de acordo com o qual *“a fim de contribuir para a realização dos objectivos enunciados nos artigos 7.º-A e 130.º-A e de permitir que os cidadãos da União, os operadores económicos e as colectividades regionais e locais beneficiem plenamente das vantagens decorrentes da criação de um espaço sem fronteiras internas, a Comunidade contribuirá para a criação e o desenvolvimento de redes transeuropeias nos sectores das infra-estruturas dos transportes, das telecomunicações e da energia”*.

Estados-Membros a chegarem aos quarenta por cento, o que conduzia não só a uma discriminação injusta entre pequenos consumidores, como também à criação de desvantagens competitivas entre empresas, contrariando o objectivo último de estabelecimento de um mercado interno europeu livre de constrangimentos ⁽¹¹³²⁾.

Deste modo, no final de 1995 viria a ser publicado o Livro Branco sobre “Uma política energética para a União Europeia” ⁽¹¹³³⁾ onde se sublinha, uma vez mais, a importância da política energética para a política económica da Comunidade Europeia a qual assenta na integração dos mercados, na desregulação, na limitação da intervenção pública ao estritamente necessário de forma a salvaguardar o interesse público e o bem-estar, no desenvolvimento sustentável, na protecção dos consumidores e na coesão económica e social ⁽¹¹³⁴⁾.

A criação de um mercado único de energia acabaria, assim, por funcionar como ponto de partida para a reformulação, a nível nacional, dos sectores da electricidade e do gás natural dos vários Estados-Membros. Com efeito, a formação de um mercado único de energia a nível europeu pressupunha, desde logo, a abertura dos monopólios nacionais (públicos) à concorrência (europeia), quer para permitir aos consumidores (industriais e domésticos) escolher livremente o seu fornecedor e baixar dessa forma os preços de venda de energia, quer para promover soluções de fornecimento tecnologicamente mais inovadoras e eficientes.

A diversidade institucional verificada entre os Estados-Membros não constituiu, portanto, pelo menos de início, um obstáculo à criação daquele mercado, uma vez que, nos finais da década de oitenta do século passado, em quase todos os países (com excepção da Grã-Bretanha, onde o movimento de liberalização e de privatização dos serviços públicos tradicionais, incluindo a energia, se iniciou logo na década de oitenta, tendo sido, aliás, a partir deste país que este movimento acabaria por se generalizar aos restantes Estados-Membros) o sector da energia se caracterizava pela existência de monopólios “geográficos” (concessões nacionais e/ou regionais, por exemplo ao nível das actividades de transporte e de distribuição) e de um forte sector público, em que a maioria dos operadores económicos eram empresas directa ou indirectamente participadas pelo Estado e verticalmente integradas (ou seja, que integravam mais do que uma actividade ligada ao sector).

Os principais obstáculos à criação de um mercado único de energia têm sido, no entanto, sobretudo outros, como a existência de diferentes taxas de abertura dos mercados de electricidade e de gás natural nos Estados-Membros, as disparidades

⁽¹¹³²⁾ RUDIGER DOHMS, “The development of a competitive internal energy market in the European community”, Connecticut Journal of International Law, volume 9 (3), 1994, p. 806.

⁽¹¹³³⁾ Comunicação da Comissão COM (95), 682 final, de 13 de Dezembro.

⁽¹¹³⁴⁾ Idem, p. 2.

verificadas nas tarifas de acesso às respectivas redes e infra-estruturas, a insuficiente interconexão transfronteiriça, a ausência de um nível europeu de negociação e de fiscalização dos acordos internacionais de fornecimento de energia e, principalmente, a existência de poderosos incumbentes (operadores históricos), também conhecidos por “campeões nacionais”, com pouca ou nenhuma vontade de enfrentar a concorrência (nacional e europeia).

A dimensão e importância destes obstáculos fica mais clara se tivermos em conta aqueles que são, em nossa opinião, os três pilares em que assenta o mercado único de energia na União Europeia: (a) existência de mercados grossistas de venda de energia eficientes e competitivos (já que se a energia não for comercializada de forma competitiva neste ponto, o resto da cadeia estará “viciada”), o que pressupõe, por sua vez, a diversidade de fontes de abastecimento (quer em termos de diversidade das fontes de energia primárias, quer em termos geográficos, de forma a diminuir a dependência externa da União Europeia), a uniformidade dos códigos de rede (redes de transporte), bem como a uniformidade das regras aplicáveis nestes mercados; (b) existência de um nível adequado de investimento em infra-estruturas de electricidade e de gás natural de âmbito europeu de forma a permitir a existência de fluxos de energia entre os Estados-Membros; e, finalmente, a (c) segurança do abastecimento que é garantida através do planeamento dos investimentos em infra-estruturas e da existência de contratos de compra e venda de energia de longo prazo.

Estes pilares ficaram, aliás, evidenciados, recentemente, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em que se assumiu, de forma expressa, como objectivos da política de energia no âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno, a garantia do funcionamento do mercado da energia e da segurança do aprovisionamento energético da União, a promoção da eficiência energética e das economias de energia, bem como o desenvolvimento de energias novas e renováveis e ainda a promoção da interconexão das redes de energia ⁽¹¹³⁵⁾.

Vários Autores referem, no entanto, que o maior problema em relação à existência de um verdadeiro mercado único de energia continua a ser, ainda hoje, o cepticismo que se verifica da parte dos governos dos Estados-Membros em relação aos benefícios da sua implementação, nomeadamente da parte dos países que dispõem de electricidade e de gás natural a um custo marginal relativamente baixo. Com efeito, este cepticismo acaba por ser o grande responsável pelo facto de as políticas de fundo no domínio do gás e da electricidade continuarem a ser decididas essencialmente a nível nacional.

⁽¹¹³⁵⁾ Cfr. art. 194.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Em qualquer caso, a verdade é que nos encontramos longe ainda de um cenário “perfeito” em que “(...) *com mercados competitivos e com empresas privadas competindo pelo acesso aos recursos, um mercado de dimensão europeia maximizaria a segurança do fornecimento mediante um nível eficiente de investimento em infra-estruturas e uma repartição eficiente dos recursos*” ⁽¹¹³⁶⁾. E isto por dois motivos: não só porque o objectivo da construção de um mercado único de energia é um trabalho ainda em progresso, mas também porque é necessária mais regulação (quer a nível europeu, quer a nível nacional) para a sua efectivação.

Em particular em relação ao último aspecto, seria uma utopia pensar que um mercado com as características físicas e económicas do mercado da energia poderia funcionar, de forma eficiente, sem a intervenção reguladora das autoridades públicas.

Esta intervenção é, pois, fundamental, sendo a verdadeira peça-chave no mapa da construção de um mercado único europeu de energia, uma vez que dela depende o grau de abertura dos mercados nacionais, a sua competitividade e segurança e, em última análise, o seu grau de integração com os mercados de energia dos restantes Estados-Membros.

1.1. As três gerações de directivas europeias no sector da electricidade e do gás natural. Análise.

Ainda que a diferente organização institucional dos Estados-Membros não tenha constituído, pelo menos de início, um efectivo obstáculo à formação de um mercado único de energia, a verdade é que as diferenças existentes ao nível dos ordenamentos jurídicos nacionais aconselharam, desde cedo, a tentativa da sua uniformização.

Neste contexto, a directiva afigura-se o instrumento jurídico mais adequado tendo em vista a necessária harmonização da legislação dos Estados-Membros através da transposição de um conjunto de regras comuns aplicáveis aos sectores da electricidade e do gás natural. Com efeito, através deste acto permite-se aos Estados-Membros conservarem a sua liberdade de escolha quanto à forma e quanto aos meios da sua transposição, ficando apenas vinculados quanto aos fins. Isto significa, aliás, em última análise, que um Estado-Membro pode acabar por implementar um regime jurídico mais exigente do que o esboçado numa determinada directiva comunitária.

⁽¹¹³⁶⁾ PAULINA BEATO BLANCO / JUAN DELGADO URDANBIA, “Obstáculos a un mercado europeo de electricidad: el conflicto entre liberalización, seguridad de suministro, y libertad de control corporativo”, in AAVV, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Económicos*, tomo II, FERNANDO BECKER et al. (directores), Thomson/Aranzadi, Iberdrola, Navarra, 2009, p. 850.

A uniformização dos modelos regulatórios existentes nos diversos Estados-Membros foi considerado, portanto, o primeiro passo para integrar os mercados nacionais num único mercado europeu.

Assim sendo, o principal objectivo das directivas sobre o mercado interno de energia tem sido abrir os mercados nacionais de electricidade e de gás natural, tradicionalmente organizados sob a forma de monopólios públicos verticalmente integrados, à concorrência (nacional e europeia) ⁽¹¹³⁷⁾.

É preciso não esquecer, porém, que nos encontramos perante sectores tecnicamente complexos, com várias peculiaridades, destacando-se o facto de se tratar de indústrias organizadas em torno de uma rede e de o conceito de segurança de abastecimento assumir nestes mercados um papel central. Assim, enquanto o primeiro factor favorece a fragmentação dos mercados e a concentração do poder de mercado, o conceito de segurança de abastecimento obstaculiza o livre comércio e a liberdade de controlo corporativo ⁽¹¹³⁸⁾.

A liberalização dos sectores da electricidade e do gás natural está longe, por conseguinte, de ser uma tarefa fácil, como o demonstra, aliás, a existência, até ao momento, de três gerações de directivas europeias.

As primeiras Directivas foram publicadas ainda no início da década de noventa do século passado. São elas, a Directiva 90/377/CEE do Conselho, de 29 de Junho, relativa à transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e electricidade e a Directiva 90/547/CEE também do Conselho, de 29 de Outubro, sobre o trânsito de electricidade nas grandes redes. A estas Directivas seguiu-se, em 1991, a Directiva 91/296/CEE, do Conselho, de 31 de Maio, relativa ao trânsito de gás natural nas grandes redes, que tal como a Directiva 90/547/CEE reflecte o aumento das trocas de electricidade e de gás natural, respectivamente, nas grandes redes dos Estados.

Estas Directivas correspondem, no entanto, a uma fase ainda muito incipiente do processo de construção do mercado interno europeu e, em particular, do mercado de energia. Os anos seguintes seriam anos, porém, de intensas e prolongadas negociações entre os Estados-Membros tendo em vista o aprofundamento do mercado interno de energia e a eliminação dos muitos obstáculos que ainda subsistiam à sua implementação.

⁽¹¹³⁷⁾ Embora as directivas nada adiantem sobre o regime de propriedade (pública ou privada) dos operadores económicos, a liberalização nestes sectores tem estado igualmente associada à privatização das empresas que operam nos mesmos, uma vez que se entende que os dois movimentos são condição necessária para o aumento da eficiência produtiva e do mercado.

⁽¹¹³⁸⁾ PAULINA BEATO BLANCO / JUAN DELGADO URDANBIA, "Obstáculos a un mercado europeo de electricidad: el conflicto entre liberalización, seguridad de suministro, y libertad de control corporativo", op. cit., p. 848.

Estas negociações acabariam por dar lugar à publicação, no final de 1996, da Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro, que estabeleceu as regras comuns para o mercado interno de electricidade e a que se seguiria, dois anos mais tarde, em 1998, a Directiva 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho, relativa às regras comuns para o mercado do gás natural. Estas duas Directivas integram, assim, a denominada primeira geração de Directivas europeias no sector da energia.

Ambas as Directivas partem do pressuposto de que a criação do mercado interno de electricidade e de gás natural deve ser progressiva, a fim de permitir a adaptação flexível e ordenada da indústria ao seu novo contexto e atender à diversidade de estruturas de mercado existentes nos Estados-Membros. O processo assumia-se, portanto, logo de início, como sendo um processo lento e moroso.

Deste modo, as Directivas 96/92/CE e 98/30/CE limitaram-se a impor a separação contabilística das actividades de produção, transporte e distribuição no caso da electricidade e das actividades de transporte, distribuição e armazenamento no caso do gás natural, quando as mesmas fossem prestadas por empresas verticalmente integradas, com o objectivo de evitar discriminações, subsídios cruzados e distorções de concorrência. No caso da electricidade, impunha-se ainda a separação de gestão entre a actividade de transporte e as restantes actividades.

Em matéria de acesso às redes de transporte e de distribuição, as Directivas permitiam aos Estados-Membros a possibilidade de optarem por um sistema de acesso negociado (entre o gestor da rede e os utilizadores da mesma) ou por um sistema de acesso regulado, com base em tarifas publicadas, a que se juntava ainda a possibilidade, no sector eléctrico, de opção pelo sistema do comprador único.

Finalmente, abria-se igualmente a possibilidade de os Estados-Membros poderem impor obrigações de serviço público às empresas quer do sector eléctrico, quer do sector do gás natural, em matéria de segurança, incluindo a segurança do abastecimento, regularidade, qualidade e preço dos fornecimentos e protecção do ambiente. Estas obrigações deveriam ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e controláveis, devendo ser publicadas e prontamente comunicadas pelos Estados-Membros à Comissão.

Ora, não obstante a publicação destas duas Directivas ter constituído um facto político da maior importância, sobretudo tendo em conta as divergências manifestadas entre os diversos Estados-Membros sobre a forma de realizar o mercado interno de energia durante o longo processo negocial que as antecedeu, a verdade é que o seu impacto na criação de um mercado único de energia foi praticamente inexistente.

Com efeito, os Autores são unânimes a afirmar que estas primeiras directivas se limitaram a estabelecer “*princípios gerais sem darem, no entanto, uma orientação detalhada sobre a forma como deveria ser efectuada a transposição desses princípios em regras operacionais*” ⁽¹¹³⁹⁾, o que acabaria por conferir aos Estados-Membros uma ampla margem de discricionariedade. O resultado desta opção traduziu-se, assim, e sem surpresa, num conjunto de regras não harmonizadas, o que dificultou, substancialmente, a integração dos mercados nacionais.

Estas dificuldades ficaram, aliás, bem patentes quando da aprovação, em 2000, pelo Conselho Europeu, da Agenda de Lisboa para o crescimento e o emprego, em que se aproveitou a ocasião para voltar a insistir na necessidade de acelerar a liberalização dos sectores da electricidade e do gás, com o objectivo de conseguir um mercado interno plenamente operacional.

Em particular, continuavam a subsistir diversas dificuldades em matéria de acesso às redes de transporte e de distribuição de electricidade e de gás natural, especialmente nos casos em que estas actividades eram desempenhadas por empresas verticalmente integradas.

Com efeito, enquanto tivéssemos as mesmas empresas a prestar actividades concorrenciais (como a produção e a comercialização) e actividades não concorrenciais (como o transporte e a distribuição que são monopólios naturais) não estavam reunidas as condições para garantir a existência de uma efectiva concorrência entre operadores.

Efectivamente, a mera separação contabilística imposta pelas Directivas de 96 e de 98 não era, de todo, suficiente para evitar que as empresas verticalmente integradas favorecessem o acesso das restantes partes do seu negócio (produção e comercialização) às respectivas redes, nomeadamente concedendo-lhes prioridade no despacho ou melhores condições comerciais, em detrimento dos restantes operadores concorrentes.

Deste modo, embora a experiência adquirida com a aplicação da primeira geração de directivas tenha servido para demonstrar os benefícios que podiam resultar do mercado interno da electricidade em termos de aumento de eficiência, redução de preços, padrões de serviço mais elevados e maior competitividade, continuavam a existir deficiências significativas e, simultaneamente, uma ampla margem de progressão em matéria de funcionamento do mercado, o que tornava necessário a aprovação de medidas concretas, nomeadamente, para assegurar

⁽¹¹³⁹⁾ JORGE VASCONCELOS, “Postface: design and regulation of EU energy markets – between competition policy and common energy policy”, in AAVV, *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, JEAN-MICHEL GLACHANT / FRANÇOIS LÉVÊQUE (editores), Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 327.

condições de concorrência equitativas e para reduzir os riscos de ocorrência de posições dominantes e de comportamentos predatórios.

É neste contexto que surgem as Directivas 2003/54/CE e 2003/55/CE que estabelecem, respectivamente, as (novas) regras comuns para o mercado interno de electricidade e de gás natural, revogando as Directivas 96/92/CE e 98/30/CE.

A principal novidade destes actos legislativos traduziu-se na obrigação de separação jurídica das actividades de transporte e de distribuição de electricidade e de gás natural em relação às restantes actividades do sector ⁽¹¹⁴⁰⁾.

A separação jurídica não implicava, porém, uma mudança de propriedade dos bens, o que permitia que o operador das redes pudesse continuar a ser o proprietário das mesmas desde que juridicamente separado das restantes actividades. Para além da obrigação de separação jurídica, exigia-se também a separação contabilística (já prevista na primeira geração de Directivas) e tornavam-se mais claros os termos da separação funcional em relação ao processo de tomada de decisões.

Outra novidade deste segundo pacote de directivas diz respeito ao regime de acesso às redes de transporte e de distribuição. Com efeito, ao contrário das primeiras directivas que permitiam aos Estados-Membros escolher entre um sistema de acesso negociado ou de acesso regulado, estas directivas vieram impor um sistema de acesso regulado, com base em tarifas publicadas, aplicáveis a todos os clientes elegíveis ⁽¹¹⁴¹⁾, sem discriminação entre os utilizadores da rede.

São também estabelecidos, pela primeira vez, calendários claros de abertura quer do mercado de electricidade, quer do mercado de gás natural, tendo-se fixado a data de 1 de Julho de 2007 como data limite, finda a qual qualquer cliente (industrial ou doméstico) poderia escolher livremente o seu comercializador (previam-se, no entanto, excepções).

Em relação à protecção dos consumidores, as Directivas de 2003 exigiam também aos Estados-Membros que adoptassem medidas adequadas para proteger os consumidores, em especial os clientes vulneráveis, podendo designar um comercializador de último recurso. A Directiva 2003/54/CE ia mesmo ao ponto de prever que os Estados-Membros devessem garantir que todos os clientes domésticos e, quando o considerassem adequado, as pequenas empresas, beneficiassem de um serviço universal, ou seja, do direito de serem abastecidos de electricidade a preços razoáveis, fácil e claramente comprováveis e transparentes.

⁽¹¹⁴⁰⁾ Esta obrigação não se aplicava, porém, às pequenas redes de distribuição (que abastecessem até 100 000 clientes).

⁽¹¹⁴¹⁾ De acordo com as directivas são clientes elegíveis os clientes livres de comprar electricidade ou gás natural ao comercializador da sua escolha.

Finalmente, e também pela primeira vez, estas directivas obrigam os Estados-Membros a designar um ou mais organismos competentes com funções de entidades reguladoras, às quais competia assegurar a não discriminação, uma concorrência efectiva e o bom funcionamento do mercado nomeadamente em matéria de acesso às redes de transporte e de distribuição. Estas entidades deveriam ser totalmente independentes dos interesses do sector da electricidade e do gás natural. Nada se adiantava, no entanto, sobre a sua independência em relação aos órgãos dos governos nacionais.

Deste segundo pacote de legislação europeia fazia ainda parte o Regulamento (CE) n.º 1228/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelecia as condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade, revestindo uma importância fundamental em matéria de eliminação de obstáculos ao comércio de electricidade entre os Estados-Membros. Em concreto, o Regulamento prevê a criação de um mecanismo de compensação para os fluxos transfronteiriços de electricidade, estabelecendo também os critérios de fixação das tarifas para o transporte transfronteiriço, bem como normas sobre a atribuição das capacidades disponíveis de interligação entre as redes de transporte nacionais. Posteriormente viria a ser também aprovado o Regulamento (CE) n.º 1775/2005 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Setembro de 2005, relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural que segue a mesma linha do regulamento aprovado para a electricidade. Entretanto, no ano anterior, havia sido também aprovada a Directiva 2004/67/CE, do Conselho, de 26 de Abril, que estabeleceu medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento de gás natural.

A segunda geração de directivas sobre o mercado interno de energia não conseguiu, no entanto, ficar também imune às críticas. Com efeito, não obstante os avanços em relação à primeira geração de directivas, a verdade é que continuou a verificar-se uma *“tímida separação entre os segmentos competitivos e as redes e a ausência de um mecanismo que garanta o cumprimento das próprias disposições”* ⁽¹¹⁴²⁾. Muitos viram, portanto, neste segundo pacote legislativo uma oportunidade perdida de aprofundar o mercado interno de energia.

Efectivamente, a integração dos mercados nacionais continuou a ser escassa mesmo após a aprovação deste segundo pacote de legislação, como, de resto, se

⁽¹¹⁴²⁾ PAULINA BEATO BLANCO / JUAN DELGADO URDANBIA, “Obstáculos a un mercado europeo de electricidad: el conflicto entre liberalización, seguridad de suministro, y libertad de control corporativo”, op. cit., p. 852.

realça na Comunicação da Comissão sobre as perspectivas para o mercado interno do gás e da electricidade, de Janeiro de 2007 ⁽¹¹⁴³⁾.

Neste documento ficavam, aliás, bem patentes as principais deficiências observadas na transposição, pelos Estados-Membros, das directivas relativas ao mercado interno de energia e que eram, fundamentalmente, a existência de preços regulados que impediam a entrada de novos operadores no mercado; uma separação insuficiente dos operadores de redes de transporte e de distribuição; a manutenção de um acesso discriminatório de terceiros à rede, em particular no respeitante ao acesso preferencial concedido a operadores históricos decorrente de contratos históricos a longo prazo (contratos de *take or pay*); competências insuficientes das entidades reguladoras; falta de envio de informações à Comissão sobre as obrigações de serviço público, especialmente em relação às tarifas de abastecimento reguladas, e a indicação insuficiente da origem da electricidade, que é considerado um elemento essencial especialmente para a promoção das energias renováveis ⁽¹¹⁴⁴⁾.

Reconhecia-se, assim, naquela comunicação que a *“União Europeia está ainda longe de atingir o objectivo de um verdadeiro mercado interno da energia em que cada consumidor da UE tenha, não apenas o direito legal, consignado por escrito, de escolher livremente o seu fornecedor de electricidade e de gás entre todas as empresas da UE, mas também que esse direito possa ser exercido de forma real, eficaz e fácil”* ⁽¹¹⁴⁵⁾. Por outro lado, admitia-se também em 2007 que *“não existe actualmente o grau necessário de coordenação entre redes energéticas nacionais, em termos de normas técnicas, regras de compensação, qualidade do gás, regimes de contacto e mecanismos de gestão dos congestionamentos, indispensável para permitir o funcionamento eficaz do comércio transfronteiriço”* ⁽¹¹⁴⁶⁾.

Na verdade, todos estes aspectos não são mais do que a comprovação de que os Estados-Membros continuavam, afinal, mais ocupados em desenvolver os seus respectivos mercados nacionais do que em incentivar a conclusão do mercado único de energia europeu.

Mais uma vez, porém, o aspecto principal a necessitar de revisão urgente continuava a ser a questão da separação entre actividades monopolistas (como o transporte) e actividades concorrenciais (como a produção e a comercialização de energia).

Com efeito, pode ler-se na citada Comunicação da Comissão sobre as perspectivas do mercado interno do gás e da electricidade que *“a separação jurídica*

⁽¹¹⁴³⁾ Comunicação da Comissão COM (2006) 841, de 10 de Janeiro de 2007.

⁽¹¹⁴⁴⁾ Idem, p. 6.

⁽¹¹⁴⁵⁾ Idem, p. 7.

⁽¹¹⁴⁶⁾ Ibidem.

não elimina o conflito de interesses decorrente da integração vertical, com o risco de as redes serem vistas como activos estratégicos que servem o interesse comercial da entidade integrada e não o interesse global dos clientes da rede" ⁽¹¹⁴⁷⁾. O que se traduz, por sua vez, na existência de condições de acesso discriminatórias às redes de que são exemplo a desigualdade no acesso à capacidade da rede (açambarcamentos), a manutenção de zonas de compensação artificialmente pequenas ou a não disponibilização de capacidades não utilizadas. Por outro lado, constata-se também que os operadores de redes verticalmente integrados não tinham igualmente incentivos para desenvolver as redes no interesse geral do mercado de forma a facilitar a entrada de novos operadores ao nível da produção ou do fornecimento.

Neste sentido, e de forma a ultrapassar todos estes conflitos de interesses, a Comissão avançou com duas propostas: a primeira, mais ousada, defendia a completa separação da propriedade dos activos das redes de transporte da propriedade das empresas produtoras e comercializadoras de electricidade e de gás natural, enquanto a segunda proposta, mais conservadora, propunha apenas a separação entre a exploração da rede e a propriedade dos activos. De acordo com esta segunda proposta, os activos da rede de transporte podiam permanecer no âmbito de um grupo verticalmente integrado, sendo, no entanto, geridos ou explorados por um operador de rede independente, no qual as empresas de fornecimento/produção não podiam ter uma participação significativa (este modelo é conhecido, na sua expressão inglesa, por *Independent System Operator* (ISO)).

A preferência da Comissão ia, claramente, para a primeira proposta, até porque a mesma eliminaria também o risco de excesso de regulação que a segunda proposta acarretava tendo em conta a necessidade de superar o problema da falta de incentivos ao desenvolvimento das redes.

As duas propostas acabariam por suscitar, no entanto, uma acesa controvérsia no seio dos Estados-Membros, sobretudo da parte de países como a França e a Alemanha que mostraram, desde o início, uma forte oposição em relação à proposta de separação da propriedade dos activos das redes de transporte ⁽¹¹⁴⁸⁾. Será, então, neste contexto que um conjunto de países ⁽¹¹⁴⁹⁾ irá propor uma terceira alternativa que corresponde, no fundo, a uma separação funcional reforçada. Esta proposta defendia

⁽¹¹⁴⁷⁾ Idem, p. 11.

⁽¹¹⁴⁸⁾ Recorde-se, porém, que não obstante a separação da propriedade não ser imposta pelas Directivas de 2003, Portugal, à semelhança de outros Estados-Membros, optou, desde logo, por implementar a separação patrimonial dos activos das suas redes de transporte de electricidade e de gás natural.

⁽¹¹⁴⁹⁾ De que faziam parte a Áustria, a França, a Alemanha, a Bulgária, a Letónia, o Luxemburgo, a Grécia e a Eslováquia.

um modelo de *Independent Transmission Operator* (ITO) que consistia, basicamente, na aprovação de um conjunto de regras tendo em vista garantir a independência dos operadores das redes que não estivessem separados patrimonialmente da produção e da comercialização de electricidade e de gás natural.

Estas propostas estiveram na origem da aprovação, em 2009, daquele que ficou conhecido como o terceiro (e até ver último) pacote de Directivas sobre o mercado interno de energia e do qual fazem parte a Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, que estabelece as regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE, bem como a Directiva 2009/73/CE, também do Parlamento Europeu e do Conselho e da mesma data, que estabelece, por sua vez, regras comuns para o mercado interno do gás natural, revogando a Directiva 2003/55/CE.

Ora, as Directivas de 2009 acabariam por adoptar, como solução regra, a separação patrimonial das redes de transporte ⁽¹¹⁵⁰⁾. Só assim não seria, no entanto, se em 3 de Setembro de 2009 (data da entrada em vigor das Directivas), a rede de transporte pertencesse a uma empresa verticalmente integrada. Neste caso, o Estado-Membro poderia optar, em alternativa à separação patrimonial, por designar um operador de rede independente ou por aplicar as disposições do capítulo V da Directiva 2009/72/CE ou do capítulo IV da Directiva 2009/73/CE relativas a medidas de organização e de governo dos operadores das redes de transporte, bem como relativas a investimentos e à ligação à rede de novas capacidades de produção ⁽¹¹⁵¹⁾.

Conclui-se, assim, a partir destas disposições, que não é possível aos Estados-Membros que já tenham adoptado a separação patrimonial à data de 3 de Setembro de 2009 optarem, posteriormente, por uma das duas outras alternativas, da mesma forma que os novos operadores de redes que se constituam após aquela data estão também obrigados à referida separação patrimonial.

Na verdade, as Directivas acabam por conferir apenas duas opções aos Estados-Membros: a separação patrimonial e o modelo do operador da rede independente.

Com efeito, a terceira opção (separação funcional reforçada) não constitui, em bom rigor, uma alternativa organizativa àquelas duas outras possibilidades, limitando-se a estabelecer um conjunto reforçado de exigências de separação funcional quando

⁽¹¹⁵⁰⁾ Neste caso, as empresas que exerçam actividades de produção ou comercialização não devem em caso algum assumir, directa ou indirectamente, o controlo ou exercer quaisquer direitos sobre os operadores de redes de transporte separados patrimonialmente.

⁽¹¹⁵¹⁾ Apesar de as Directivas deverem ser transpostas até 3 de Março de 2011, admitia-se, porém, que as regras sobre a separação dos operadores das redes de transporte pudessem ser transpostas até 3 de Março de 2012, dando-se, assim, aos Estados-Membros um período suplementar para se adaptarem a estas novas exigências.

o operador da rede permaneça verticalmente integrado. Estas regras não têm, no entanto, por destinatário um hipotético gestor independente da rede de transporte, mas sim todos os gestores de uma rede de transporte, incluindo aqueles que se encontrem separados patrimonialmente da produção e da comercialização ⁽¹¹⁵²⁾.

Outro aspecto que também foi abordado por esta terceira geração de Directivas foram as atribuições, bem como as competências das entidades reguladoras. Com efeito, conforme se reconhece no preâmbulo das Directivas, a *“experiência demonstra que a eficácia da regulação é frequentemente condicionada por falta de independência dos reguladores em relação ao governo e por insuficiência de competências e poderes”*.

Por este motivo, as Directivas preveem agora um reforço da independência dos reguladores nacionais face a qualquer entidade pública ou privada, passando estes a ter competência para, entre outras, emitir decisões vinculativas relativas a empresas de electricidade e de gás natural e para aplicar ou para propor a um tribunal competente a aplicação de sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas, às empresas que não cumpram as suas obrigações, competindo-lhes ainda tomar medidas adequadas que assegurem benefícios para o consumidor através da promoção de uma concorrência efectiva, necessária ao correcto funcionamento do mercado único de energia.

No capítulo da segurança do fornecimento, passa igualmente a prever-se que os operadores das redes de transporte ficam obrigados a apresentarem anualmente à entidade reguladora um plano decenal de desenvolvimento da rede baseado na oferta e na procura actual e previstas, o qual deve incluir medidas eficientes destinadas a garantir a adequação da rede e a segurança do fornecimento. Estas medidas foram, entretanto, complementadas no sector do gás natural com a publicação do Regulamento (UE) n.º 994/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro, relativo a medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento e que revogou a Directiva 2004/67/CE.

Finalmente, em matéria de protecção dos consumidores e de promoção de medidas de eficiência energética incentivam-se também os Estados-Membros a implementarem contadores inteligentes e redes inteligentes.

À semelhança das anteriores duas gerações de Directivas, o desenvolvimento de um verdadeiro mercado interno de energia, através de uma rede interligada na Comunidade, continua a ser, no entanto, um dos principais objectivos deste terceiro pacote de directivas.

⁽¹¹⁵²⁾ ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, *Tratado de Derecho del Gas Natural*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 577-578.

Neste sentido, prevê-se que as questões regulamentares em matéria de interligações transfronteiriças e mercados regionais devam ser, a partir de agora, uma das principais tarefas das entidades reguladoras. Para o efeito aprovaram-se, em complemento àquelas Directivas, o Regulamento (CE) n.º 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e o Regulamento (CE) n.º 715/2009, também do Parlamento Europeu e do Conselho, da mesma data, relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural.

A determinação europeia no cumprimento do objectivo de integração dos mercados nacionais de energia fica bem patente com a criação, através daqueles Regulamentos, da Rede Europeia dos Operadores das Redes de Transporte para a Electricidade (“REORT para a Electricidade”) e de igual Rede para o Gás (“REORT para o Gás”), a quem cabe assegurar uma gestão óptima das respectivas redes de transporte de forma a permitir o comércio e o fornecimento de energia na Comunidade, à escala transfronteiriça.

Deste terceiro pacote faz ainda parte o Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, também de 13 de Julho de 2009, que cria a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER). Trata-se de um organismo comunitário dotado de personalidade jurídica ⁽¹¹⁵³⁾ que goza de amplos poderes em matéria de regulação do mercado interno de energia, coordenando a actuação dos reguladores nacionais. No que respeita, aliás, a situações que envolvam dois ou mais Estados-Membros, a Agência goza mesmo de poderes para emitir decisões individuais vinculativas em questões técnicas ou sobre o regime regulatório a aplicar às infra-estruturas da electricidade e do gás natural que ligam ou que podem ligar dois ou mais Estados-Membros ⁽¹¹⁵⁴⁾.

Mais recentemente, e já após a Comissão ter publicado a sua Comunicação sobre *“Energia 2020. Estratégia para uma energia competitiva, sustentável e segura”*, em que dá conta das muitas dificuldades ainda existentes em relação à formação de um mercado único de electricidade e de gás natural ⁽¹¹⁵⁵⁾, foi também publicado o Regulamento (UE) n.º 1227/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativo à integridade e à transparência nos mercados grossistas de energia.

De acordo com o preâmbulo do citado regulamento, *“é importante garantir que os consumidores e os outros participantes no mercado possam ter confiança na integridade dos mercados da electricidade e do gás, que os preços fixados nos*

⁽¹¹⁵³⁾ Independente dos produtores de gás e de electricidade, dos operadores de redes de transporte e distribuição, quer públicos, quer privados, e dos consumidores.

⁽¹¹⁵⁴⁾ Remetemos o estudo mais detalhado deste organismo para o capítulo 3.3.1. *infra*.

⁽¹¹⁵⁵⁾ COM (2010) 639 final, de 10 de Novembro.

mercados grossistas de energia reflectam uma interacção justa e competitiva entre a oferta e a procura e que não seja possível retirar lucros de abusos de mercado” tudo de forma a proteger os consumidores finais e a garantir preços de energia comportáveis para os cidadãos europeus.

Após quase duas décadas sobre a aprovação da primeira geração de directivas sobre o mercado interno ou único de energia, a verdade, porém, é que continua a verificar-se uma significativa assimetria regulatória entre os Estados-Membros, a qual é responsável, em última análise, pela criação de distorções à concorrência entre os diversos operadores de mercado. Continua, assim, a existir suficiente espaço político e jurídico para os Estados-Membros prosseguirem os seus próprios interesses nacionais em detrimento do interesse (único) comunitário.

Conforme se pode ler no Parecer do Comité Económico e Social Europeu, de 18 de Janeiro de 2012, *“(...) volvidos 15 anos, o mercado interno da energia permanece fundamentalmente uma estrutura vazia: apenas 10% da eletricidade transita de um país para outro, os consumidores nem sempre podem escolher um fornecedor estabelecido noutro Estado-Membro, o desenvolvimento das energias renováveis – que deverão tornar-se na principal fonte de produção de eletricidade – continua a basear-se em mecanismos de apoio nacionais, a planificação das redes ainda é em larga medida uma competência nacional (a ACER apenas é responsável pelas capacidades transfronteiras, ao passo que um verdadeiro mercado integrado também requer uma ação conjunta em relação às redes nacionais), a UE nem sempre fala a uma só voz com os países fornecedores, etc.”* ⁽¹¹⁵⁶⁾.

Estas deficiências do processo de construção do mercado interno de energia tendem, aliás, a acentuar-se num cenário de crise económica e financeira como aquele que a União Europeia vive neste momento, o que dificulta a realização dos necessários investimentos em infra-estruturas, bem como a promoção de novas tecnologias, fundamentais para o desenvolvimento daquele mercado.

O que acaba de se escrever em matéria de lacunas na implementação da política energética europeia não invalida, porém, a nossa afirmação de que o processo de construção de um mercado único europeu de energia foi um factor determinante na transformação do papel dos Estados nacionais neste sector, ao conduzir ao desmantelamento de antigos monopólios estatais (nacionais) e, com isso, à abertura dos sectores da electricidade e do gás natural à concorrência.

⁽¹¹⁵⁶⁾ Parecer do Comité Económico e Social Europeu (CESC), de 18 de Janeiro de 2012, sobre o “Envolvimento da sociedade civil na criação de uma futura Comunidade Europeia da Energia” (disponível em <http://www.eesc.europa.eu>), pp. 2-3.

Com efeito, neste novo panorama, os Estados, desapossados do papel de produtores e de fornecedores dos serviços de electricidade e de gás natural, viram-se obrigados a assumir o papel de reguladores de forma a assegurar a regularidade, a continuidade e a qualidade de uns serviços que apesar de não serem mais prestados (maioritária ou exclusivamente) por entidades públicas continuam a necessitar da intervenção pública (agora sob a forma da regulação) para serem garantidos.

Deste modo, e por mais paradoxal que possa parecer, a intervenção pública é hoje, mais do que nunca, necessária precisamente para assegurar os benefícios derivados da liberalização destes mercados que, mercê das suas especiais características, se aproximam mais da noção de monopólios naturais do que da descrição do jogo da livre concorrência ⁽¹¹⁵⁷⁾.

É o que trataremos de analisar nos capítulos seguintes a propósito da evolução da regulação do sector da energia em Portugal.

⁽¹¹⁵⁷⁾ GONZALO MAESTRO BUELGA et al., “El mercado europeo de la energia: contradicciones y paradojas” in AAVV, *La construcción del mercado europeo de la energia*, GONZALO MAESTRO BUELGA et al. (editores), Editorial Comares, Granada, 2011, p. 33.

2. O sector da energia em Portugal

O sector da energia (electricidade e gás natural) em Portugal foi, como não podia deixar de ser, fortemente influenciado pelas medidas adoptadas a nível comunitário tendo em vista a criação de um mercado interno ou único de energia.

A primeira grande reforma na organização institucional do sector eléctrico nacional data de 1995, ou seja, antes mesmo da publicação da Directiva 96/91/CE (que aprovou as primeiras regras comuns em matéria de electricidade). Convém, aliás, sublinhar que enquanto o sector da electricidade tem uma longa tradição entre nós, o sector do gás natural só foi criado mais recentemente, quando da introdução daquela fonte de energia no nosso País, em 1997 ⁽¹¹⁵⁸⁾. Deste modo, até há bem pouco tempo (2007), Portugal foi tratado como sendo um mercado emergente de gás natural, o que lhe permitiu beneficiar de algumas derrogações regulatórias, nomeadamente em termos de datas de abertura do mercado à concorrência.

À semelhança, no entanto, do que se verificou na grande maioria dos Estados-Membros, e em particular naqueles que, como Portugal, adoptam um sistema administrativo de matriz francesa, ambos os sectores (electricidade e gás natural) foram desde o início considerados serviços públicos, tendo sido organizados sob a forma de monopólios públicos, verticalmente integrados ⁽¹¹⁵⁹⁾.

A abertura à concorrência dos sectores eléctrico e do gás natural nacionais, traduzida na eliminação dos exclusivos estatais, acabaria, assim, por ter uma consequência: a mudança do papel do Estado.

Com efeito, se até aqui o Estado tinha sido o principal empresário do sector energético, passou, sobretudo após a liberalização de 2006, a ser o seu principal regulador. Isto não significou, porém, como já referimos por diversas vezes atrás, o fim ou o desaparecimento do Estado, mas apenas a sua transformação. Como sublinha, e bem, CABALLERO SÁNCHEZ, *“em realidade, o novo Estado regulador que está a emergir no Ocidente é um Estado plenamente intervencionista, só que com instrumentos diferentes”* ⁽¹¹⁶⁰⁾.

Deste modo, a mudança ao nível da forma de intervenção dos poderes públicos - que foi, de resto, confirmada entre nós, pelas recentes privatizações realizadas no sector energético - acaba por se reflectir nos instrumentos e nas técnicas usadas para

⁽¹¹⁵⁸⁾ O primeiro contrato comercial de fornecimento de gás natural foi celebrado em Abril de 1997.

⁽¹¹⁵⁹⁾ Ou seja, as actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade por um lado, e as actividades de transporte, distribuição e comercialização de gás natural por outro lado, foram entregues à mesma empresa pública (a EDP no caso do sector eléctrico e a Galp no caso do sector do gás natural).

⁽¹¹⁶⁰⁾ RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios publicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, p. 82.

regular estes mercados, agora liberalizados, em que a maioria dos operadores é privada.

Neste cenário, os principais objectivos da intervenção pública no sector energético, sob a forma da sua regulação, passam a ser essencialmente três: garantir a adequada separação entre actividades concorrenciais e actividades não concorrenciais, de forma a permitir o livre acesso de terceiros às redes e às infra-estruturas de electricidade e de gás natural; assegurar o direito de livre escolha de comercializador por parte dos consumidores, bem como o seu direito à informação sobre os termos e as condições do serviço fornecido; e, finalmente, garantir a segurança do abastecimento quer de electricidade, quer de gás natural.

Assim sendo, o próprio Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito que disciplina as formas de actuação públicas, acaba também por se transformar, dando lugar ao aparecimento de novas técnicas e de novos institutos administrativos que emolduram esta nova forma de actuação do Estado, como as licenças de serviço público, os actos de registo, o regime de acesso de terceiros às redes, o serviço universal ou as obrigações de serviço público enquanto, no plano da organização administrativa, a figura da empresa pública perde terreno para as autoridades reguladoras independentes.

Mas vejamos melhor.

2.1. Evolução do modelo de intervenção do Estado no sector da energia

Até meados da década de dois mil, o sector da energia no nosso País assentava fundamentalmente na existência de monopólios públicos, com algumas raras excepções. Com efeito, a maior parte das actividades da cadeia de valor (transporte, distribuição, comercialização) era prestada, em regime de exclusivo, por empresas pertencentes ao sector público empresarial.

Este modelo institucional data da década de setenta do século passado, nomeadamente do período de nacionalizações que se seguiu ao 25 de Abril de 1974 e que se caracterizou, precisamente, pela nacionalização de todos os sectores básicos da economia portuguesa e pela proibição geral de intervenção privada nos referidos sectores ⁽¹¹⁶¹⁾.

⁽¹¹⁶¹⁾ De acordo com o art. 4.º da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, era vedado às empresas privadas e outras entidades da mesma natureza o acesso, entre outras, às actividades de “produção, transporte e distribuição de energia eléctrica para consumo público”, bem como de “produção e distribuição de gás para consumo público através de redes fixas”.

Este modelo viria, no entanto, a sofrer alterações nos anos noventa com o início do programa nacional de reestruturação e privatização das empresas públicas, incluindo as empresas pertencentes ao sector energético.

O referido programa ficou, aliás, marcado no nosso País, desde o início, por uma opção política da maior importância: *“a privatização deve ser mais do que uma simples desnacionalização e, portanto, antes de privatizar, (é) necessário liberalizar o sector, estimulando a concorrência”* ⁽¹¹⁶²⁾, o que veio permitir colocar fim aos monopólios que existiam nos sectores da electricidade e do gás natural. Deste modo, e à semelhança do que aconteceu noutros países europeus, o movimento de privatizações no sector da energia ficou também ligado, entre nós, à liberalização do sector ⁽¹¹⁶³⁾.

O fim dos exclusivos legais, bem como a privatização de grande parte das empresas públicas que actuavam no sector acabou, assim, por ser o início do processo de transformação da intervenção pública no sector da energia (e que acompanhou (e acompanha), de resto, idêntico movimento vivido noutros serviços económicos de interesse geral), o qual culminaria, entretanto, com o fim dos direitos especiais que o Estado ainda detinha, enquanto accionista, em algumas empresas de energia mesmo depois destas terem sido privatizadas ⁽¹¹⁶⁴⁾.

A recente evolução que o sector sofreu no nosso país só pode ser, no entanto, completamente compreendida se se olhar para o seu passado mais relevante. Faremos, assim, uma breve análise da evolução da intervenção pública, primeiro no sector eléctrico e depois no sector do gás natural, nas últimas quatro décadas.

O sector da electricidade

Até 1976, a produção, bem como a distribuição de electricidade estavam entregues a várias empresas, públicas e privadas, e ainda a algumas cooperativas. Naquele ano, dá-se, no entanto, a criação da Electricidade de Portugal, Empresa Pública (EDP), na sequência da nacionalização de um conjunto de sociedades exploradoras do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, operada pelo Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril.

⁽¹¹⁶²⁾ LUÍS MIRA AMARAL / ANÍBAL DURÃES DOS SANTOS, *Privatização e Reestruturação dos Sectores Industrial e Energético*, Estudos DGI – Análise Industrial, Direcção-Geral da Indústria, Lisboa, 1995, p. 49.

⁽¹¹⁶³⁾ Ressalva-se neste particular a publicação do Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro que abriu à iniciativa privada o serviço de produção e distribuição de gás e de energia eléctrica para consumo público.

⁽¹¹⁶⁴⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de Julho, que procedeu à eliminação dos direitos especiais que o Estado detinha, enquanto accionista, na EDP — Energias de Portugal, S. A. e na GALP Energia, SGPS, S. A..

A EDP, EP passou, deste modo, a ser responsável, em regime de exclusivo e por tempo indeterminado, pelo estabelecimento e pela exploração do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica no continente. Estava, assim, consumado o monopólio do Estado no sector eléctrico.

A situação viria, porém, a alterar-se em 1988, com a abertura daquelas actividades à iniciativa privada ⁽¹¹⁶⁵⁾. Entretanto, três anos mais tarde, em 1991, a EDP, EP é também transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

Nesse mesmo ano, viria a ser igualmente publicado o Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de Março que estabeleceu os princípios gerais do regime jurídico de exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. Este diploma procedeu à criação do Sistema Eléctrico de abastecimento Público (SEP), constituído pela Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT), explorada em regime de concessão de serviço público, e pelo conjunto de instalações de produção e redes de distribuição a ela vinculadas. Instituiu-se, assim, o sistema do comprador (tendencialmente) único com a empresa concessionária da RNT a assumir a função de compra de energia eléctrica à produção e de venda às empresas de distribuição ⁽¹¹⁶⁶⁾, para além da função de gestão da rede de transporte.

Alguns anos volvidos, em 1994, dá-se início ao processo de reestruturação da EDP, SA, através da sua desintegração vertical, com a cisão dos seus activos e a criação de novas empresas (integralmente controladas pela EDP), de que viria a resultar uma empresa para a produção (CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, SA), uma empresa para o transporte (REN – Rede Eléctrica Nacional, SA) e quatro distribuidoras em média e baixa tensão no Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo e Sul do País.

Entretanto, e na sequência do processo de reestruturação da EDP, é também publicado, em 1995, um conjunto de sete diplomas que estabelece o novo quadro base para o sector da electricidade (conhecido como o “pacote legislativo de 1995”), revogando o Decreto-Lei n.º 99/91 ⁽¹¹⁶⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁵⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 1163. Na sequência da modificação da lei de delimitação de sectores surgiram, desde logo, investimentos privados em grandes centrais de produção de electricidade, como a Central do Pego (vendida a um consórcio privado) e a central de ciclo combinado da Tapada do Outeiro (construída e gerida por um consórcio privado).

⁽¹¹⁶⁶⁾ Pode ler-se no art. 18.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 99/91 que *“os titulares de licenças vinculadas têm o direito de, sendo produtores, venderem ao SEP a totalidade da energia eléctrica contratada e, sendo distribuidores, receberem dele a energia eléctrica que necessitem para a satisfação dos consumos que lhes sejam solicitados”*.

⁽¹¹⁶⁷⁾ São eles os Decretos-Lei n.º 182/85 e 183/95 a 188/95, todos de 27 de Julho. Estes diplomas seriam revistos em 1997, através do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março.

As novas bases do sistema eléctrico nacional (SEN) assentavam na existência de um Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP), cuja organização tinha em vista a prestação de um serviço público, e de um Sistema Eléctrico Independente (SEI), organizado segundo uma lógica de mercado e do qual fazia parte o Sistema Eléctrico Não Vinculado (SENV), integrado pelas entidades titulares de uma licença não vinculada de produção ou de distribuição de energia eléctrica em média e alta tensão e cujas actividades se regiam por regras de mercado. Integravam ainda o SEI a produção de energia em instalações hidroeléctricas com menos de 10 MVA, as energias renováveis e a produção em unidades de co-geração.

De uma forma inovadora (recorde-se que ainda não tinham sido publicadas as primeiras directivas comunitárias sobre o mercado interno, o que só acontecerá no ano seguinte), o Decreto-Lei n.º 182/85 já previa também a criação de uma entidade reguladora independente responsável pela regulação do Sistema Eléctrico Público e das suas relações com o Sistema Eléctrico não Vinculado. Esta entidade, denominada Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE), viria a ser criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, sendo-lhe atribuída a natureza de pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, com vincadas características de independência. A ERSE só entraria em funcionamento, porém, em 1997, tendo passado a assegurar também, a partir de 2002, a regulação do sistema nacional de gás natural ⁽¹¹⁶⁸⁾.

Voltemos, no entanto, atrás, ao ano de 1997, que marca o início do processo de reprivatização da EDP.

Com efeito, neste ano dá-se a primeira fase do processo de reprivatização da EDP, com a alienação de cerca de trinta por cento do seu capital social. A empresa foi posteriormente sujeita a mais fases de reprivatização em 1998 (segunda e terceira fase), 2000, 2004, 2005 e 2007 (após a quarta fase de reprivatização, em 2000, o Estado deixou de deter uma participação maioritária na empresa).

Este processo viria, entretanto, a conhecer um desenvolvimento recente, já em 2012, com a venda da maior parte da participação que o Estado ainda detinha na empresa (vinte e um e meio por cento) a uma empresa estrangeira, a *China Three Gorges International (Europe)*, S.A., detida pela *China Three Gorges Corporation*, que por sua vez é detida integralmente pelo Estado chinês ⁽¹¹⁶⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁸⁾ Tendo, para o efeito, sido redenhada Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, mantendo a sigla ERSE (cfr. Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril).

⁽¹¹⁶⁹⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 106-A/2011, de 26 de Outubro, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 44-A/2011, de 8 de Novembro, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-A/2011, de 10 de Novembro e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 52-A/2011, de 7 de Dezembro.

A aprovação da oitava fase de reprivatização da EDP, tal como, aliás, a reprivatização da REN (que até 2012 ainda integrava o sector empresarial do Estado) fazem parte dos compromissos assumidos pelo Estado Português no âmbito do Programa de Assistência Financeira acordado em 2011 com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu.

Em relação à REN, entidade concessionária da rede de transporte de electricidade, a mesma foi criada em Agosto de 1994, conforme referimos atrás, a partir da cisão dos activos da EDP, sendo inicialmente detida na totalidade pela EDP. A evolução do sector e em particular o quadro jurídico aprovado em 1995 obrigou, no entanto, a uma maior consolidação da posição da concessionária da rede nacional de transporte como entidade independente dos restantes operadores. Neste sentido, procedeu-se a uma redução da participação da EDP no capital social da REN, estabelecendo-se, no entanto, a obrigatoriedade da maioria dos capitais continuarem a ser públicos. Consequentemente, em 2000, a participação da EDP no capital social da REN foi reduzida para trinta por cento, enquanto os restantes setenta por cento se mantiveram na titularidade de entidades do sector público.

Em 2006, e na sequência da aprovação da Estratégia Nacional para a Energia pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 25 de Outubro, a REN foi reestruturada de forma a integrar os activos regulados de electricidade e de gás natural. Deste modo, a REN passou a adoptar a denominação de REN-Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S. A., tendo constituído novas sociedades responsáveis pelo exercício das actividades relativas à rede nacional de transporte de electricidade, ao transporte de gás natural em alta pressão, ao armazenamento subterrâneo de gás natural e à recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito.

No mesmo ano, o Governo decidiu dar também início ao processo de reprivatização da REN ⁽¹¹⁷⁰⁾, mantendo, no entanto, a opção de uma participação maioritária do Estado no seu capital social, em atenção ao relevante interesse público associado às actividades desenvolvidas no sector energético. E a verdade é que, após esta primeira fase de reprivatização, o Estado manteve cinquenta e um por cento do capital social da REN.

Já em 2011, e mercê do particular contexto económico-financeiro vivido no nosso País e que levou o Governo a pedir assistência financeira internacional, o Governo deu início, no âmbito do Programa de Assistência Financeira referido acima, à segunda fase de reprivatização da REN, tendo sido aprovada a venda, no início de 2012, de vinte cinco por cento do capital social da REN à chinesa *State Grid*

⁽¹¹⁷⁰⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 228/2006, de 22 de Novembro.

International Development Limited e de quinze por cento à *Oman Oil Company S. A. O. C.* ⁽¹¹⁷¹⁾. Neste momento, o Estado Português detém apenas uma participação de onze por cento no capital social da REN que deverá ser, no entanto, ainda objecto de alienação através de uma oferta pública de venda.

Estas privatizações no sector da energia, ocorridas em 2012, fazem parte de um programa mais extenso de privatizações a ser levado a cabo em vários sectores, nomeadamente nos sectores dos serviços económicos de interesse geral, e que se destinam a diminuir o peso da dívida pública na economia, bem como a reforçar a presença de investidores de diversas categorias no mercado português e a facilitar a diversificação das fontes de financiamento das empresas nacionais.

A opção é, portanto, clara: diminuir a intervenção pública directa no mercado.

Com efeito, conforme se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 112/2012, de 23 de Maio ⁽¹¹⁷²⁾, que se aplica também ao processo de reprivatização da EDP, “(a) concretização do aludido processo de reprivatização é compatível com o relevante interesse público associado às actividades do sector energético prosseguidas pelas empresas do grupo REN, o qual é reconhecido e continuará a ser assegurado com recurso a diferentes instrumentos jurídicos que permitem ao Estado exercer a sua função reguladora e de supervisão sobre o funcionamento do sector, não se afigurando, por isso, imprescindível manter uma posição accionista maioritária para assegurar a protecção do referido interesse público”.

As recentes alterações nas estruturas societárias quer da EDP, quer da REN, com a venda de uma parte significativa das participações sociais que o Estado ainda detinha naquelas empresas a empresas estrangeiras, levantam, porém, algumas questões.

Efectivamente, não deixa de ser controverso o facto de a privatização de empresas como a EDP e a REN ser feita através da venda de activos não a um privado *tout court* mas a um outro Estado, ainda que por via indirecta (uma vez que tanto a *China Three Gorges International (Europe)*, S.A. como a *State Grid International Development Limited* são empresas detidas a cem por cento pelo Estado chinês). A questão é especialmente pertinente atendendo ao facto de o Estado em causa ser um Estado não pertencente à União Europeia com uma lógica de

⁽¹¹⁷¹⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 106-B/2011, de 3 de Novembro, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 52-B/2011, de 7 de Dezembro, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/2012, de 20 de Janeiro e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2012, de 8 de Fevereiro.

⁽¹¹⁷²⁾ Diploma que altera os limites legais de participação no capital social do operador da Rede Nacional de Transporte de Eletricidade (RNT), no capital social das empresas concessionárias da Rede Nacional de Transporte, Infraestruturas de Armazenamento e Terminais de GNL (RNTIAT) e no capital social do operador da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural (RNTGN).

intervenção na economia diferente da europeia. Em rigor, parece assim que não estamos perante uma verdadeira privatização, mas antes perante uma nova forma de “estadualização”, cujas consequências ainda não conhecemos inteiramente.

De qualquer forma, a opção actual do Estado português em relação ao sector eléctrico não parece merecer dúvidas, ao remeter-se claramente para um papel regulador. Veremos que o mesmo se passa em relação ao sector do gás natural.

O sector do gás natural

A intervenção pública no sector do gás data da época em que ainda se falava em gás de cidade. Recuemos então até 1928, ano em que, em 30 de Maio, foi celebrado o contrato de concessão entre a Câmara Municipal de Lisboa e as Companhias Reunidas de Gás e de Electricidade (CRGE) para abastecimento de gás e de electricidade ao município de Lisboa. Estávamos então em pleno período do Estado Liberal, numa altura em que a actividade de distribuição de gás (de cidade) era responsabilidade municipal.

Esta concessão manter-se-ia inalterada até 1957, ano em que é criada a Sociedade Portuguesa Petroquímica, SARL, que passa a ocupar-se da produção de gás. A distribuição de gás de cidade continuaria, no entanto, a manter-se na CRGE.

A situação alterar-se-ia, no entanto, com o 25 de Abril de 1974, com a nacionalização destas empresas e a criação de empresas públicas para as substituir. É assim que, em 1976, a distribuição de gás passa a ser assegurada pela EDP – Electricidade de Portugal, Empresa Pública, enquanto a produção de gás é entregue, a partir de 1977, à Empresa de Petroquímica e Gás, Empresa Pública.

A cisão total entre o gás e a electricidade ⁽¹¹⁷³⁾ só se dá, no entanto, dez anos mais tarde, em 1988, com a transferência da distribuição pública do gás de cidade (em Lisboa) da EDP, EP para a Petroquímica e Gás de Portugal, Empresa Pública, que entretanto tinha sucedido à Empresa de Petroquímica e Gás, EP.

No ano seguinte, em 1989, a Petroquímica e Gás de Portugal, EP, é transformada em pessoa colectiva de direito privado, sob a forma de sociedade anónima, com maioria de capitais públicos, passando a denominar-se GDP – Gás de Portugal, SA ⁽¹¹⁷⁴⁾. Na origem desta transformação está o Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro que permitiu o acesso de empresas privadas ao serviço de produção

⁽¹¹⁷³⁾ Tendo em conta que a cisão na produção remonta a 1957.

⁽¹¹⁷⁴⁾ Em 1995, esta empresa será transformada em sociedade gestora de participações sociais, passando a denominar-se GDP, SGPS.

e distribuição de gás para consumo público. São já, portanto, os ecos da integração de Portugal nas Comunidades Europeias a fazerem-se sentir.

O ano de 1989 ficaria ainda marcado por ser também o ano em que pela primeira vez é publicado um diploma sobre gás natural no nosso País (o Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro). A importância que revestiu a introdução desta forma de energia em Portugal levou, aliás, o Governo a considerar, desde o início, o exercício da actividade ligada à sua utilização como serviço público que deveria ser desenvolvido com eficácia e dinamismo.

É neste sentido que, quatro anos mais tarde, em 1993, viria a ser constituída a Transgás – Sociedade Portuguesa de Gás Natural, SA (sociedade de capitais maioritariamente públicos), a quem seria adjudicada, em 14 de Outubro de 1993, a concessão de serviço público de importação, transporte e fornecimento de gás natural.

A celebração deste contrato de concessão inseriu-se na estratégia do Governo à época para este sector, a qual passava pelo entendimento de que o regime mais dinâmico e profícuo para o exercício deste serviço público seria a atribuição de concessões a empresas legalmente constituídas, as quais deveriam suportar os custos inerentes à construção das instalações, gasodutos e redes de distribuição do gás.

Àquela concessão seguiram-se depois outras para a distribuição regional de gás natural ⁽¹¹⁷⁵⁾.

A atribuição de todas estas actividades, através de concessão, a empresas que, embora sendo sociedades anónimas, regidas pelo direito privado, faziam parte do sector público empresarial ⁽¹¹⁷⁶⁾, constituiu o primeiro passo para a privatização que se lhe seguiu num segundo momento. *“De algum modo o Estado, sob a veste privada, funciona como “batedor comercial” do sector a abrir aos privados para, numa segunda fase, assegurar a respectiva privatização”* ⁽¹¹⁷⁷⁾.

⁽¹¹⁷⁵⁾ Ao todo foram seis concessões de distribuição regional de gás natural, a saber: a concessão da rede de distribuição regional de gás natural de Lisboa, entregue à GDL Lisboagás, Sociedade Distribuidora de Gás Natural de Lisboa, SA, a concessão da rede de distribuição regional de gás natural para a Zona Sul atribuída à Setgás – Sociedade Produção e Distribuição de Gás, SA, a concessão da rede de distribuição regional de gás natural do Vale do Tejo, entregue à Tagusgás – Empresa de Gás do Vale do Tejo, SA, a concessão da rede de distribuição regional de gás natural do Centro, entregue à Lusitâniagás, Companhia de Gás do Centro, SA, a concessão da rede de distribuição regional de gás natural da Zona Centro Interior atribuída à Beiragás – Companhia de Gás das Beiras, SA e a concessão da rede de distribuição regional de gás natural do Litoral Norte entregue à Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA (que faz parte do Grupo EDP).

⁽¹¹⁷⁶⁾ Dada a participação do Estado no capital social da Galp Energia (grupo do qual faziam parte a maioria destas concessionárias) e da EDP (no caso da Portgás).

⁽¹¹⁷⁷⁾ PEDRO PORTUGAL GASPAS, “As concessões de gás natural – em especial, a actividade de distribuição regional”, Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, n.ºs 15/16, Junho /Dezembro 2001, nota de rodapé n.º 17.

Com efeito, em 1999 dá-se início ao processo de reprivatização da Galp Energia, que tinha sido constituída nesse mesmo ano, sendo totalmente detida pelo Estado português e agregando os negócios da Petrogal (petróleos) e da GDP (gás natural).

Entretanto, em 2000, com a publicação do Decreto-Lei n.º 8/2000, de 8 de Fevereiro, passou a prever-se, pela primeira vez, que a exploração do serviço público de gás natural pudesse também ocorrer em regime de licença (para além da concessão de serviço público). Este regime foi, no entanto, apenas previsto para a distribuição de gás natural em zonas do território nacional não incluídas na área de concessão de uma distribuidora regional ⁽¹¹⁷⁸⁾.

Este era, então, em traços largos, o retrato do sector do gás natural no nosso país até 2006, ano em que se vai operar uma reforma profunda que passou, entre outros aspectos, pela abertura ao mercado da actividade de comercialização de gás natural.

Em relação ao modelo de intervenção do Estado neste sector, resulta de quanto dissemos antes que, pelo menos, até 1999, ano em que se deu início ao processo de reprivatização da Galp Energia, essa intervenção era feita predominantemente de forma directa (ou seja, prestando directamente o serviço), uma vez que a maioria dos operadores, apesar de concessionários, eram empresas pertencentes ao sector empresarial do Estado.

Desde, porém, meados da primeira década deste século que, em virtude dos sucessivos processos de reprivatização do capital social da Galp Energia (e da EDP) que transformaram a empresa numa sociedade anónima de capitais maioritariamente privados ⁽¹¹⁷⁹⁾, o Estado deixou de actuar predominantemente como empresário. Assim, e tal como aconteceu no sector eléctrico, o papel do Estado no sector do gás natural sofreu igualmente uma importante alteração, sendo hoje um papel essencialmente regulador.

2.2. A liberalização do sector

Em 2006, ano em que se dá a transposição no nosso País do segundo pacote de directivas europeias sobre o mercado interno de energia (de que fazem parte as Directivas 2003/54/CE e 2003/55/CE), tínhamos, basicamente, quer no sector eléctrico, quer no sector do gás natural, um regime monopolista, muito embora à data

⁽¹¹⁷⁸⁾ Mais uma vez, a quase totalidade das entidades titulares das licenças para distribuição e fornecimento de gás natural pertenciam ao grupo Galp Energia, eram elas a Duriensegás, a Dianagás, a Medigás e a Paxgás.

⁽¹¹⁷⁹⁾ Neste momento, o Estado tem apenas uma participação (directa e indirecta) de oito por cento no capital social da Galp Energia.

ambos os sectores já se encontrassem parcialmente privatizados (a única excepção era a REN que ainda era detida integralmente pelo Estado, situação que se alterou apenas posteriormente).

Com efeito, não obstante a abertura à iniciativa privada das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica e de gás natural operada em 1988, mercê da alteração efectuada à lei de delimitação dos sectores ⁽¹¹⁸⁰⁾, a verdade é que em 2006 o sector ainda permanecia praticamente fechado à concorrência (eventualmente com a excepção da actividade de produção de electricidade), o que se ficava a dever fundamentalmente ao facto de a organização do sector continuar a assentar em empresas verticalmente integradas ⁽¹¹⁸¹⁾ por se entender que daí adviriam sinergias positivas para o negócio e, em última análise, para os próprios consumidores.

Efectivamente, nem a reforma operada no sector eléctrico em 1995, com a aprovação de um extenso pacote legislativo e que, de certa forma, antecipou a entrada em vigor da primeira geração de directivas comunitárias, conseguiu introduzir a necessária concorrência naquele sector, já que os consumidores continuavam a ter, na prática, apenas um único fornecedor de energia eléctrica (a EDP).

Será, assim, só em 2006 ⁽¹¹⁸²⁾ que serão dados passos significativos nesse sentido com o “desmembramento” dos referidos monopólios, o qual assentou numa separação patrimonial entre as actividades de produção e de comercialização (actividades competitivas) e a actividade de transporte de electricidade e de gás natural (actividade não competitiva).

Essa mudança foi concretizada, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, desenvolvido pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto (sector eléctrico) e pelo Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, desenvolvido pelo Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho (sector do gás natural) que reformularam, de uma forma profunda, quer o sistema eléctrico nacional, quer o sistema nacional de gás natural, abrindo-os à concorrência.

Estes diplomas dão corpo às Directivas comunitárias de 2003 e, na sua sequência, à Estratégia Nacional para a Energia aprovada pela Resolução do

⁽¹¹⁸⁰⁾ Cfr. nota de rodapé n.º 1163.

⁽¹¹⁸¹⁾ De acordo com as Directivas de 2003, são empresas verticalmente integradas uma empresa ou um grupo de empresas que exerce, pelo menos, uma actividade não competitiva (como o transporte ou a distribuição) e uma actividade competitiva (como a produção ou a comercialização).

⁽¹¹⁸²⁾ No caso do sector eléctrico ainda antes de 2006, e numa tentativa de adaptar o mercado nacional à Directiva 2003/54/CE, em especial no contexto de criação do Mercado Ibérico de Electricidade (MIBEL), tinham já sido publicados alguns diplomas avulsos que visavam a progressiva abertura do sector à concorrência, como foi o caso do Decreto-Lei n.º 184/2003 e do Decreto-Lei n.º 185/2003, ambos de 20 de Agosto.

Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de Outubro que, entre outras medidas, preconizou a autonomização dos activos regulados do sector do gás natural (recepção, transporte e armazenamento) e a sua junção à empresa operadora da rede de transporte de electricidade, com a subsequente reorganização da estrutura empresarial do sector da energia.

Para além destas medidas, fazia ainda parte da Estratégia Nacional para a Energia aprovada em 2005 a antecipação do calendário da liberalização do mercado do gás natural, fixando-se a data de Janeiro de 2010 como a data limite a partir da qual todos os consumidores de gás natural poderiam escolher livremente o seu comercializador ⁽¹¹⁸³⁾. Seguiu-se, portanto, o exemplo do sector eléctrico, em que também se antecipou o cumprimento do calendário previsto na Directiva 2003/54/CE, permitindo-se a todos os consumidores, logo desde 4 de Setembro de 2006, escolher o seu comercializador de energia eléctrica, em vez da data de 1 de Julho de 2007.

A abertura à concorrência destes sectores, e em especial do sector eléctrico, obrigou, entretanto, à criação de alguns mecanismos jurídicos destinados a salvaguardar as situações de direitos adquiridos criadas ao abrigo da anterior legislação. Foi o caso do mecanismo dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC's) criado para compensar os produtores vinculados que viram os seus contratos de aquisição de energia (CAE), celebrados com a entidade concessionária da rede de transporte de electricidade nos termos do Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Julho, terminarem antecipadamente ⁽¹¹⁸⁴⁾.

Com a aprovação do Terceiro Pacote Energético da União Europeia de que fazem parte as Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, os quadros organizativos do sector da energia foram novamente alterados ⁽¹¹⁸⁵⁾. Estas alterações passaram, essencialmente, pela adopção de medidas de reforço da disciplina de separação das actividades de produção e comercialização da operação das redes de transporte

⁽¹¹⁸³⁾ Recorde-se que sendo Portugal considerado um mercado emergente beneficiava de uma derrogação ao calendário previsto no art. 23.º da Directiva 2003/55/CE.

⁽¹¹⁸⁴⁾ Este mecanismo foi criado em 2003, pelo Decreto-Lei n.º 185/2003 tendo sido desenvolvido pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro. A solução legal consistia em atribuir a um dos titulares dos CAE, entidade concessionária da RNT ou produtores, o direito ao recebimento, mediante um mecanismo de repercussão universal nas tarifas eléctricas, de compensações pela cessação antecipada destes contratos, as quais se denominaram custos para a manutenção do equilíbrio contratual. Os contratos de aquisição de energia que ainda se mantêm em vigor, ou seja, que não foram objecto de cessação antecipada (e que são referentes ao centro electroprodutor térmico do Pego (600 MW) e ao centro electroprodutor térmico da Tapada do Outeiro (990 MW)) continuam a ser geridos pela REN (no caso pela REN Trading, subsidiária do grupo REN), nos termos do art. 72.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 29/2006 e do art. 70.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de Julho.

⁽¹¹⁸⁵⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 77/2011, de 21 de Junho que alterou o Decreto-Lei n.º 30/2006 e Decreto-Lei n.º 78/2011, também de 21 de Junho que alterou o Decreto-Lei n.º 29/2006.

(como a obrigação de certificação dos operadores das redes de transporte), bem como dos poderes e da independência da ERSE, a que se juntou também o aprofundamento dos direitos dos consumidores.

O pedido de ajuda financeira externa de Portugal, acordado com o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a União Europeia, veio entretanto acelerar também o processo de abertura à concorrência com a fixação de um novo calendário de extinção das tarifas reguladas de venda de energia ainda em vigor, para as pequenas indústrias e para os consumidores domésticos ⁽¹¹⁸⁶⁾. Mas não só.

Com efeito, quando se pensava que as mexidas no quadro regulatório nacional do sector da energia já tinham acabado, eis que o mesmo volta a sofrer alterações de forma a cumprir os compromissos assumidos pelo Estado Português no Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes de Política Económica assinado entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, em Maio de 2011.

Efectivamente, um desses compromissos foi precisamente concluir o processo de liberalização dos sectores da electricidade e do gás natural o que implicou uma nova alteração dos diplomas aprovados em 2006 e referidos acima, de forma a completar a transposição das Directivas de 2009 ⁽¹¹⁸⁷⁾.

No fundo, estamos perante uma transposição em dois momentos ou em dois compassos no espaço de um ano, o que é, quanto a nós, altamente criticável, desde logo porque isso provoca uma instabilidade regulatória que não é benéfica para os regulados, nem para o sector no seu conjunto. Acresce que, conforme teremos oportunidade de analisar melhor mais à frente, algumas das novas disposições aprovadas constituem, em nossa opinião, uma errada transposição das Directivas, servindo, apenas, para complicar o que já é, só por si, complicado, e com isso trazer um “ruído” desnecessário a um sector que já é suficientemente complexo.

Em termos gerais, pode dizer-se, no entanto, que a tendência tem sido no sentido de abrir, cada vez mais, o sector da energia nacional (quer da electricidade, quer do gás natural) à concorrência, designadamente através da diminuição de barreiras à entrada de novos operadores. Com efeito, é visível na evolução do quadro regulatório que temos vindo a descrever, a diminuição, por exemplo, dos requisitos ou dos constrangimentos ao exercício de determinadas actividades (competitivas) como a

⁽¹¹⁸⁶⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro e Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de Março (sector eléctrico) e Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de Junho e Decreto-Lei n.º 74/2012, de 26 de Março.

⁽¹¹⁸⁷⁾ Essas alterações foram aprovadas pelos Decretos-Lei n.º 215-A/2012 e 215-B/2012, ambos de 8 de Outubro (sector da electricidade) e pelos Decretos-Lei n.º 230/2012 e 231/2012, ambos de 26 de Outubro (sector do gás natural).

produção de electricidade e a comercialização de electricidade e de gás natural, que de um sistema de licença evoluíram entretanto para novos regimes como o registo ou a comunicação prévia.

Simultaneamente a este movimento de desregulação, e de forma aparentemente paradoxal, reforçam-se, no entanto, os poderes das entidades reguladoras (nalguns casos de forma substancial), bem como a regulação de certos aspectos do sector como a segurança do abastecimento e a protecção dos consumidores, especialmente dos mais vulneráveis.

Estamos, assim, bem longe de um cenário em que o sector esteja completamente entregue ao mercado. Se há, aliás, sector onde o mercado não consegue funcionar sozinho e onde o Estado continua (e continuará) a ser necessário é, sem dúvida, o sector da energia. Com efeito, para além de a ideia de um mercado completamente livre ser reconhecidamente uma utopia (até para os próprios economistas), no caso da energia, a interdependência existente entre as actividades do sector, aliada à complexidade do seu funcionamento, tornam esta ideia verdadeiramente impossível.

2.2.1. Os princípios fundamentais

Porquê regular o sector da energia?

As respostas a esta pergunta podem ser muitas e variadas e nós, de certa forma, já as fomos dando ao longo das páginas anteriores.

Desde logo, porque se trata de um serviço económico de interesse geral, na nova terminologia imposta pelo Direito da União Europeia para designar os serviços públicos tradicionais (na sua acepção material, ou seja, enquanto serviços que satisfazem necessidades colectivas). Com efeito, atendendo à importância da energia eléctrica e do gás natural para a vida moderna seria impensável não haver qualquer regulação pública, nomeadamente para garantir a segurança do abastecimento, bem como a regularidade e a continuidade do fornecimento, a par da qualidade do serviço.

Efectivamente, o mercado, especialmente nestes sectores, apresenta várias falhas que tornam absolutamente necessária a intervenção regulatória da parte do Estado.

Mas não são apenas os interesses dos consumidores que requerem uma intervenção pública (regulatória). Os próprios operadores têm também interesse na existência da regulação sectorial para assegurar que o mercado funciona de forma equilibrada, ou seja, com respeito pelas regras da concorrência, que o mesmo é dizer de forma não discriminatória e transparente, prevenindo a existência de abusos de

posição dominante e de comportamentos discriminatórios que possam pôr em causa os seus interesses.

A regulação do sector da energia (aliás, tal como a regulação de outros serviços económicos de interesse geral prestados em rede) destina-se, assim, não só a garantir o respeito por valores económicos (como a concorrência e a eficiência económica), mas também o cumprimento de valores sociais (como a existência de um serviço fiável, a preços acessíveis, disponível para todos os consumidores, tanto mais relevante quanto a importância do bem a ser fornecido).

Em última análise, está em causa a prossecução do interesse público, através da eliminação ou correcção de situações de monopólio, de externalidades e de assimetrias de informação, que são consideradas, pela teoria económica, como falhas do mercado e que se verificam, de forma particular, no sector da energia.

É natural, por isso, que os princípios fundamentais que enformam a regulação do sector acabem por ser o espelho destas preocupações.

É o caso do princípio da separação vertical de actividades, que distingue entre actividades competitivas e actividades não competitivas, permitindo, por exemplo, a uma empresa comercializar electricidade sem ter instalações de produção e sem ser proprietária de uma rede de transporte ou de distribuição. Procura-se, desta forma, ultrapassar as limitações ao funcionamento do mercado resultantes do facto de as redes de transporte e de distribuição de energia serem monopólios naturais.

Este princípio subdivide-se, por sua vez, em dois outros sub-princípios. Por um lado, no princípio da introdução da concorrência nas actividades que não constituem monopólios naturais, como a produção e a comercialização de energia, e que portanto podem ser exercidas em regime de mercado, com evidentes ganhos para os consumidores, uma vez que sendo a oferta maior, os preços tenderão a diminuir enquanto a qualidade dos bens prestados e dos serviços fornecidos terá tendência para aumentar. Por outro lado, e em relação às actividades de transporte e de distribuição de energia, uma vez que estamos perante monopólios naturais (o que obstaculiza a sua abertura à concorrência), ganha especial relevância a garantia do acesso de terceiros às redes em termos iguais, objectivos e de forma não discriminatória. Esses terceiros serão, precisamente, a jusante, os produtores, para venderem o seu produto (electricidade ou gás natural) e a montante, os comercializadores, que comprem e vendem a energia ao consumidor final.

O mecanismo de acesso de terceiros às redes, que assenta num uso partilhado das mesmas, é, pois, uma das peças básicas do novo modelo de redes liberalizadas

(¹¹⁸⁸) ao permitir o funcionamento da livre concorrência nas extremidades da cadeia de fornecimento e com isso recriando uma situação de mercado num contexto em que o mesmo estaria, à partida, afastado.

A estes princípios mais ligados a aspectos económicos juntam-se, no entanto, também outros que apelam a aspectos sociais, como é o caso do acesso à informação, quer da parte de operadores, quer da parte de consumidores, nomeadamente sobre as condições do mercado e sobre a melhor forma de exercer os seus direitos. Estes aspectos são especialmente relevantes do ponto de vista do consumidor, sobretudo num ambiente de mercado, em que a oferta passará a ser progressivamente maior e, muito em particular, quando os termos e condições da prestação do serviço são complexos.

Com efeito, apesar das vantagens evidentes da existência de um ambiente concorrencial, é especialmente difícil para a maioria dos consumidores, pelo menos numa fase inicial, conseguir comparar as propostas de todos os operadores ou saber como exercer os seus direitos, nomeadamente em situações de incumprimento da parte dos operadores. Daí que seja muito importante o papel da regulação neste campo, de forma a garantir que os consumidores dispõem de todos os meios necessários para exercerem correctamente os seus direitos.

Outro princípio fundamental da regulação do sector energético é o princípio da universalidade, de acordo com o qual, todos os consumidores têm direito a ser fornecidos em condições de igualdade e a preços acessíveis, independentemente da sua situação geográfica ou da sua particular situação económica. Este princípio assume uma especial importância no novo ambiente de liberalização e de privatização em que é prestado o serviço de fornecimento de energia.

Da mesma forma, mas em relação aos operadores de mercado, neste novo cenário torna-se também especialmente importante a definição de obrigações de serviço público que se destinam a salvaguardar, designadamente, o respeito por aspectos como a garantia do fornecimento, a continuidade e a qualidade do serviço, a protecção dos consumidores e a protecção do meio-ambiente.

Finalmente, outro princípio que faz parte do novo quadro regulatório do sector da energia é o princípio da existência de uma regulação independente. Com efeito, este é um princípio que tem merecido uma especial atenção da parte do Direito da União Europeia, tendo por base a experiência de outros ordenamentos jurídicos, como o americano, e que se destina a assegurar que as regras de funcionamento do mercado são iguais para todos, não beneficiando, portanto, uns em detrimento de outros. Isto

(¹¹⁸⁸) RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, op. cit., p. 101.

consegue-se exigindo, por um lado, que a regulação do sector seja entregue a uma entidade independente dos interesses das empresas reguladas e, por outro lado, que essa mesma entidade seja também independente do próprio governo, o que é especialmente importante nos casos em que o Estado continua ainda a deter participações sociais nalguns operadores (embora, como vimos, no capítulo anterior, essa é uma situação cada vez mais residual no nosso País).

Por detrás destes princípios estão assim, em termos gerais, basicamente dois objectivos: a promoção da concorrência e a salvaguarda dos direitos dos consumidores que, em última análise, se reconduzem às razões que justificam a regulação de acordo com a teoria normativa da regulação ⁽¹¹⁸⁹⁾.

É preciso não esquecer, porém, que nem sempre as opções regulatórias se justificam com base na simples prossecução do interesse público. Com efeito, muitas vezes, o que explica uma determinada medida regulatória não é só um dos princípios que enunciámos atrás, mas também ou sobretudo, e de uma forma mais pragmática, o favorecimento de um interesse particular de um grupo ou de determinados grupos de interesses (teoria positiva da regulação). Isto não tem de ser, no entanto, necessariamente negativo. Para tal é necessário que o processo que conduziu à adopção dessa medida seja suficientemente transparente e participado por todos os interessados do sector e que os reguladores justifiquem sempre, de forma fundamentada, as suas opções.

Tendo todos estes aspectos presentes, partiremos de seguida para a análise mais pormenorizada das técnicas, bem como dos instrumentos usados entre nós para regular o sector da energia e que testemunham, em concreto, a evolução recente do Direito Administrativo português.

2.2.2. A separação de actividades

Uma das tradicionais características do sector da energia (tanto em Portugal, como no resto da Europa) prendia-se com a existência de empresas verticalmente integradas, ou seja, empresas que aglomeravam no seu seio ou no seio do mesmo grupo empresarial todas as actividades do sector eléctrico ou do sector do gás natural (desde a produção, passando pelo transporte e pela distribuição e pela comercialização).

Com efeito, entendeu-se durante muito tempo que este modelo empresarial, ao permitir sinergias positivas entre as diferentes actividades, seria o mais adequado quer

⁽¹¹⁸⁹⁾ Cfr., *supra*, capítulo 1.2. da Parte II.

para os interesses dos operadores, quer para os interesses dos próprios consumidores. Por outro lado, a verdade é que o facto de se tratar de actividades exercidas, na maior parte dos casos, em regime de monopólio público, facilitou também a adopção deste modelo organizacional.

A abertura à concorrência vai conduzir, no entanto, à adopção de um princípio de separação vertical de actividades conduzindo, desta forma, à “desverticalização” dos operadores tradicionais. Em causa está, sobretudo, a separação jurídica das diferentes actividades, nomeadamente a separação entre actividades competitivas e monopólios naturais, através da constituição de empresas juridicamente independentes. Esta tem sido, aliás, uma das maiores “batalhas” do legislador europeu que ainda está longe, porém, de se encontrar ganha.

Com efeito, à mera separação contabilística imposta pelas Directivas de 1996 e que consistia em manter contas separadas para cada actividade de forma a evitar discriminações, subvenções cruzadas e distorções de concorrência, seguiu-se, em 2003, a exigência de uma efectiva separação jurídica entre as actividades de produção e de comercialização e as actividades de rede, a que acrescia ainda a exigência de uma separação funcional, ou seja, a necessidade de criar estruturas independentes de gestão entre os operadores da rede de transporte, os operadores da rede de distribuição e as empresas de produção e de comercialização ⁽¹¹⁹⁰⁾.

Os resultados ficaram, no entanto, muito aquém do esperado tendo continuado a existir situações manifestas de discriminação e de falta de transparência no acesso às redes, verdadeiro pilar estratégico de um sector que se quer livre e concorrencial. Não é de estranhar, por isso, que estes temas tenham estado novamente no centro da discussão que antecedeu a aprovação, em 2009, do “Terceiro Pacote Energético”, tendo levado à adopção de uma nova regra que impõe a separação patrimonial dos activos da rede de transporte em relação à produção e à comercialização, embora se admitam excepções conforme referimos acima, quando analisámos a evolução da legislação comunitária em matéria de energia.

Efectivamente, conforme se pode ler no preâmbulo da Directiva 2009/72/CE, “a separação da propriedade, que implica a nomeação do proprietário da rede como operador da rede e a sua independência em relação a quaisquer interesses de comercialização e de produção, é claramente uma forma eficaz e estável de resolver o inerente conflito de interesses e garantir a segurança do fornecimento”, uma vez que “sem a separação efectiva entre as redes e as actividades de produção e de comercialização (separação efectiva), há um risco inerente de discriminação, não só

⁽¹¹⁹⁰⁾ Cfr. artigos 10.º, n.º 2 e 15.º, n.º 2 da Directiva 2003/54/CE e artigos 9.º, n.º 2 e 13.º, n.º 2 da Directiva 2003/55/CE.

na exploração da rede, mas também no incentivo às empresas verticalmente integradas para investirem adequadamente nas suas redes”.

A separação de actividades pode consistir, assim, numa mera separação contabilística (modelo que já se encontra hoje claramente ultrapassado) ou envolver uma separação jurídica, acrescida ou não de uma separação funcional (modelo que tende a ser a regra na maioria dos Estados-Membros) ou ir mais além e passar por uma verdadeira separação da propriedade dos activos da rede em relação às actividades competitivas (produção e comercialização).

A separação patrimonial entre actividades competitivas e actividades não competitivas configura, sem sombra de dúvidas, o modelo mais completo de separação de actividades, sendo também aquele que conhece maior resistência da parte dos Estados-Membros, uma vez que põe em causa a organização institucional da maioria dos incumbentes (muitos dos quais ainda continuam organizados sob a forma de empresas verticalmente integradas).

Analisemos, no entanto, os modelos de separação de actividades adoptados pelo legislador português.

2.2.2.1. Separação entre actividades concorrenciais e actividades não concorrenciais

Quando, em 2003, as Directivas sobre o mercado interno da electricidade e do gás natural (Directiva 2003/54/CE e Directiva 2003/55/CE) passaram a obrigar os Estados-Membros a adoptarem a separação jurídica e a separação funcional entre actividades concorrenciais (como a produção e a comercialização de electricidade e de gás natural) e actividades não concorrenciais (como o transporte e a distribuição) nos casos em que existissem empresas verticalmente integradas, o nosso País já cumpria, em parte, com as exigências comunitárias.

Assim era já no sector eléctrico em relação ao grupo EDP (empresa verticalmente integrada) em que as actividades de produção e de distribuição de energia eléctrica estavam entregues a empresas juridicamente distintas ⁽¹¹⁹¹⁾. Em relação ao transporte em Alta e Muito Alta Tensão, tinha-se inclusivamente já procedido à separação patrimonial dos activos da rede de transporte, através da constituição de uma empresa, a REN – Rede Eléctrica Nacional, SA, inicialmente detida na totalidade pela EDP, SA, mas que, em 2000, viria a ser objecto de uma

⁽¹¹⁹¹⁾ A empresa do grupo responsável pela produção era a CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, SA, estando a distribuição em Alta e em Média Tensão entregues à EDP Distribuição – Energia, SA, enquanto a distribuição em baixa tensão estava entregue a várias empresas do grupo a quem foram atribuídas concessões municipais.

reestruturação de forma a diminuir substancialmente a participação accionista da EDP no seu capital social, passando a mesma a ser detida maioritariamente pelo Estado ⁽¹¹⁹²⁾. Deste modo, a única excepção à regra da separação jurídica entre actividades verificava-se ao nível das actividades de distribuição e de comercialização de electricidade que eram desempenhadas pelas mesmas empresas.

Quanto ao sector do gás natural, a situação era semelhante, embora não tivesse havido qualquer separação de propriedade. Com efeito, em relação ao grupo GALP (empresa verticalmente integrada), haviam sido também constituídas empresas jurídicas distintas para desempenhar as actividades de transporte, armazenamento subterrâneo e recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito (GNL) ⁽¹¹⁹³⁾. Por outro lado, e tal como no sector eléctrico, as actividades de distribuição e de comercialização eram exercidas pelas mesmas empresas, as concessionárias ou as licenciadas da rede de distribuição de gás natural ⁽¹¹⁹⁴⁾, não havendo, portanto, também aqui uma efectiva separação jurídica entre estas actividades.

Depois de algumas hesitações políticas ⁽¹¹⁹⁵⁾ e perante a pressão de ter de proceder à transposição para o ordenamento jurídico nacional das Directivas de 2003, o Governo viria, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de Outubro, que aprovou a Estratégia Nacional para a Energia, a propor uma nova organização empresarial para o sector da energia.

A Resolução continha duas orientações estratégicas nesta matéria. A primeira passava pelo incentivo às empresas incumbentes para alargarem a sua área de actividade, de forma a poderem estar simultaneamente presentes nos sectores do gás e da electricidade, de modo a contribuir para o reforço da concorrência e a redução do poder de mercado, em benefício dos consumidores, enquanto a segunda orientação defendia a autonomização dos activos regulados do sector do gás natural (recepção,

⁽¹¹⁹²⁾ Cfr. capítulo 2.1. *supra*.

⁽¹¹⁹³⁾ A Transgás – Sociedade Portuguesa de Gás Natural, SA, responsável pelo transporte de gás natural em alta pressão e pela comercialização a grandes clientes, a Transgás Armazenagem – Sociedade Portuguesa de Armazenagem de Gás Natural, SA, responsável pela armazenagem subterrânea de gás natural e a Transgás Atlântico – Sociedade Portuguesa de Gás Natural Liquefeito, SA cuja actividade consistia na construção, instalação e exploração das infra-estruturas e equipamentos necessários para a recepção, armazenagem, tratamento e regaseificação de gás natural liquefeito (GNL).

⁽¹¹⁹⁴⁾ Cfr. notas de rodapé n.º 1175 e 1178.

⁽¹¹⁹⁵⁾ Com efeito, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/2003, de 10 de Maio que definiu as linhas gerais do quadro estratégico e organizativo do sector energético, propunha um modelo empresarial para o sector energético que passava pela junção da fileira do gás à da electricidade, combinando numa mesma organização empresarial a gestão e oferta dos dois tipos de energia, permitindo uma melhor exploração das respectivas sinergias e complementaridades, modelo este, no entanto, que dois anos mais tarde viria a ser abandonado.

transporte e armazenamento) e a sua posterior junção à empresa operadora da rede de transporte de electricidade.

Os diplomas nacionais que efectuaram, em 2006, a transposição das Directivas europeias do sector da electricidade e do sector do gás natural, deram corpo a estas orientações consagrando, de forma expressa, a separação jurídica ⁽¹¹⁹⁶⁾, bem como a separação funcional ⁽¹¹⁹⁷⁾ e contabilística ⁽¹¹⁹⁸⁾ das actividades do sector, a que se juntou ainda a separação patrimonial no caso da actividade de transporte ⁽¹¹⁹⁹⁾.

O modelo de separação de actividades adoptado reflecte, assim, uma nítida preocupação em separar as actividades concorrenciais das actividades não concorrenciais, através da separação dos segmentos que são potencialmente competitivos, daqueles que não o são, nomeadamente nos casos em que existam monopólios naturais. O objectivo passa, portanto, por permitir o funcionamento da concorrência nos casos em que aquela é possível sem quaisquer constrangimentos (como na produção e na comercialização), isolando as actividades não competitivas (como o transporte e a distribuição).

Deste modo, e em relação à separação jurídica, a grande novidade consistiu na separação das actividades de transporte de gás natural e de distribuição de electricidade e de gás natural relativamente à respectiva actividade de comercialização ⁽¹²⁰⁰⁾.

Quanto à separação funcional, a mesma traduziu-se na aprovação de um conjunto de regras destinadas a assegurar a independência dos gestores dos operadores das redes, bem como a existência de um efectivo poder de decisão dos operadores quanto a decisões relativas à realização de investimentos nas redes.

O traço principal do modelo de separação de actividades adoptado pela legislação de 2006 residiu, no entanto, na separação patrimonial da actividade de transporte das restantes actividades do sector eléctrico e do sector do gás natural, o que representou uma opção política da maior importância, tanto mais que a mesma não era imposta, à data, pelas directivas comunitárias.

⁽¹¹⁹⁶⁾ Cfr. artigos 25.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 43.º e 47.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro e artigos 21.º, números 1 a 3, 31.º, n.º 1, 38.º e 41.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro.

⁽¹¹⁹⁷⁾ Cfr. artigos 25.º, n.º 2 e 36.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 29/2006 e artigos 21.º, n.º 4 e 31.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁽¹¹⁹⁸⁾ Cfr. art.º 36.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 29/2006 e art. 31.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁽¹¹⁹⁹⁾ Cfr. art.º 25.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006 e art.º 21.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁽¹²⁰⁰⁾ Excepção feita à actividade de distribuição (no caso da electricidade, apenas se aplica à distribuição em baixa tensão) com menos de cem mil clientes que as directivas permitiam que não fosse juridicamente separada da actividade de comercialização, ou seja, no caso de pequenas distribuidoras.

Deste modo, e na sequência da orientação estratégica definida pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, viriam a ser constituídas, pela REN, três novas sociedades ⁽¹²⁰¹⁾ para as quais foram transferidos os activos afectos às actividades de transporte de gás natural, armazenamento subterrâneo de gás natural e regaseificação de GNL até aí na titularidade de empresas do Grupo GALP. Este modelo foi complementado com a limitação da participação individual (nomeadamente da parte de empresas do sector energético) no capital das empresas proprietárias dos activos regulados de electricidade e de gás natural, de forma a assegurar a completa independência dos operadores dos sistemas eléctrico e do gás natural face a outros interesses ⁽¹²⁰²⁾.

Entretanto, e na sequência da aprovação da terceira geração de directivas comunitárias sobre o mercado interno de energia, em 2009, o legislador nacional viria a introduzir algumas alterações ao modelo de separação de actividades em vigor, as quais se destinaram, sobretudo, a afinar aspectos que, porventura, não estariam completamente de acordo com as novas normativas comunitárias. Neste sentido, foram publicados o Decreto-Lei n.º 77/2011, que alterou o Decreto-Lei n.º 30/2006 (gás natural), e o Decreto-Lei n.º 78/2011, que alterou o Decreto-Lei n.º 29/2006 (electricidade), ambos de 21 de Junho.

Estes diplomas limitaram-se a adoptar medidas no sentido do reforço da disciplina de separação das actividades de produção e comercialização e a operação das redes de transporte, uma vez que já se tinha optado, em 2006, pelo modelo da separação jurídica e patrimonial destas actividades (para além da sua separação contabilística e funcional). Não havia, portanto, necessidade de fazer uma nova transposição nesta matéria, quando o nosso modelo de separação já respeitava a solução regra das novas Directivas (ou seja, a separação da propriedade dos activos).

Aliás, as Directivas de 2009 são claras quanto a este aspecto. Com efeito, os modelos alternativos de separação contidos nas Directivas (modelo do operador de rede independente e modelo do operador da rede de transporte independente) apenas

⁽¹²⁰¹⁾ A REN Gasodutos, SA, a REN Armazenagem, SA e a REN Atlântico, Terminal de GNL, SA (cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 85/2006, de 30 de Junho).

⁽¹²⁰²⁾ Cfr. art. 25.º, n.º 2, alíneas e) e f) do Decreto-Lei n.º 29/2006 e art. 21.º, n.º 4, alíneas e) e f) do Decreto-Lei n.º 30/2006. Estes limites foram entretanto alterados pelo Decreto-Lei n.º 112/2012, de 23 de Maio, tendo passado dos anteriores 10% e 5% para qualquer pessoa singular ou colectiva ou para empresas do sector energético, respectivamente, para um limite único correspondente a 25% do capital social. De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 112/2012, *“a detenção de 25 % do capital social não consubstancia, por um lado, uma situação de controlo, incluindo nos termos e para os efeitos do disposto no Código dos Valores Mobiliários e, por outro, não prejudica a implementação do regime constante da Directiva n.º 2009/72/CE, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade, e da Directiva n.º 2009/73/CE, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural, aplicável às actividades de transporte de energia eléctrica e do gás natural”*.

podiam ser adoptados pelos Estados-Membros no caso de, em 3 de Setembro de 2009 (data da entrada em vigor das Directivas), uma empresa proprietária de uma rede de transporte ainda fazer parte de uma empresa verticalmente integrada. Neste caso, os Estados-Membros tinham a possibilidade de escolher entre separar a propriedade ou criar um operador de rede ou um operador de transporte independente dos interesses de comercialização e da produção. Porém, se a empresa proprietária da rede de transporte não fizesse parte de uma empresa verticalmente integrada, o Estado-Membro não tinha outra opção senão adoptar a solução da separação da propriedade dos activos.

Ora, como no caso português essa escolha já tinha sido anteriormente feita (¹²⁰³), os Decretos-Leis n.º 77/2011 e 78/2011 limitaram-se a manter, e quanto a nós bem, o modelo de separação jurídica e patrimonial já previsto nos Decretos-Lei n.º 29/2006 e 30/2006, tendo apenas acrescentado a obrigatoriedade desta separação valer tanto para actividades do sector da electricidade como do sector do gás natural, deixando a mesma de ser exigível para a actividade de distribuição (¹²⁰⁴).

Em relação a este último aspecto, se bem que não seja exigível a separação patrimonial entre as actividades de transporte e de distribuição de electricidade e de gás natural, uma vez que estamos, em ambos os casos, perante monopólios naturais, razão pela qual não se verificam aqui as preocupações que tornam necessária a separação entre actividades competitivas e actividades não competitivas, convém realçar que não obstante a referida alteração legislativa, continua a ser necessária a separação jurídica, funcional e contabilística entre estas duas actividades (¹²⁰⁵).

Por outro lado, introduziu-se também, de acordo com as novas Directivas, o procedimento de certificação do operador da rede de transporte, pela ERSE, para avaliação das condições de separação das actividades (¹²⁰⁶), tendo-se aproveitado igualmente para reforçar as regras de separação funcional da actividade de transporte face às restantes actividades.

(¹²⁰³) Cfr. art. 25.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006 (sector eléctrico) e art. 21.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006 (sector do gás natural).

(¹²⁰⁴) Neste sentido, de acordo com a redacção do art. 25.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, dada pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, “o operador da RNT é independente, no plano jurídico e patrimonial, das entidades que exerçam, directamente ou através de empresas coligadas, actividades de produção ou comercialização de electricidade ou gás natural”. Da mesma forma, estabelece-se no art. 21.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de acordo com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, que “o operador da RNTGN é independente, nos planos jurídico e patrimonial, das entidades que exerçam, directamente ou através de empresas coligadas, as actividades de produção ou comercialização de gás natural ou de electricidade”.

(¹²⁰⁵) Cfr. art. 26.º da Directiva 2009/72/CE e art. 26.º da Directiva 2009/73/CE.

(¹²⁰⁶) Esta certificação só produz, no entanto, efeitos depois de obtido o parecer favorável da Comissão Europeia – cfr. art. 21.º-A do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011 e art. 25.º-A do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 78/2011.

Deste modo, e de forma a garantir a independência total das operações de rede em relação aos interesses da comercialização e produção e impedir a troca de informações confidenciais, passou a prever-se que a mesma pessoa não poderá ser membro do conselho de administração de um operador de rede de transporte e, simultaneamente, de uma empresa que exerça actividades de produção ou comercialização ⁽¹²⁰⁷⁾. Pela mesma razão, a mesma pessoa colectiva não poderá também nomear membros do conselho de administração de um operador de rede de transporte e exercer controlo ou direitos sobre uma empresa de produção ou de comercialização e vice-versa ⁽¹²⁰⁸⁾ ⁽¹²⁰⁹⁾.

No sector do gás natural, aproveitou-se igualmente para reforçar a separação jurídica das actividades dos operadores de terminal de GNL e de armazenamento subterrâneo, tendo-se acrescentado algumas regras em matéria de separação funcional ⁽¹²¹⁰⁾, tendo passado a exigir-se também a elaboração por estes operadores, para além do código ético de conduta já previsto nos diplomas de 2006, e quando integrem uma empresa verticalmente integrada, um programa de conformidade que contemple as medidas adoptadas para excluir comportamentos discriminatórios ⁽¹²¹¹⁾.

Esta última medida foi também adoptada na actividade de distribuição, passando a exigir-se aos operadores da rede de distribuição que pertençam a uma empresa verticalmente integrada e sirvam um número de clientes igual ou superior a cem mil, igualmente a elaboração de um programa de conformidade ⁽¹²¹²⁾.

⁽¹²⁰⁷⁾ Cfr. art. 25.º, n.º 2, al. e) do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 78/2011 e art. 21.º, n.º 3, al. e) do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011.

⁽¹²⁰⁸⁾ Cfr. art. 25.º, n.º 2, alíneas a) a d) do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 78/2011 e art. 21.º, n.º 3, alíneas a) a d) do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011. De acordo com os novos diplomas, “*entende-se que uma empresa exerce controlo sobre outra quando uma delas é detentora de uma posição jurídica que lhe confira a possibilidade de exercer influência determinante sobre outra, em especial através de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa ou de direitos ou contratos que conferem influência determinante na composição, na votação ou nas decisões dos órgãos de uma empresa*”.

⁽¹²⁰⁹⁾ Estas regras foram, aliás, recentemente postas à prova com as privatizações da EDP e da REN, na sequência das quais parte das participações sociais que o Estado ainda detinha naquelas duas empresas foi vendida a duas empresas (a *China Three Gorges International (Europe)*, S.A. e a *State Grid International Development Limited* respectivamente) que, embora juridicamente distintas, têm o mesmo accionista comum (o Estado chinês). Poderia, assim, levantar-se aqui uma questão delicada sobre a efectiva separação funcional entre as actividades de produção e de comercialização de electricidade e de gás natural e a respectiva actividade de transporte. As Directivas excepcionavam, no entanto, a aplicação das normas relativas à separação funcional em relação a países terceiros até 3 de Março de 2013.

⁽¹²¹⁰⁾ Cfr. art. 20.º-A, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 30/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011.

⁽¹²¹¹⁾ Cfr. art. 20.º-B do Decreto-Lei n.º 30/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011.

⁽¹²¹²⁾ Cfr. art. 31.º-A do Decreto-Lei n.º 30/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011 e art. 36.º-A do Decreto-Lei n.º 29/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, para o sector da electricidade.

Os diplomas limitaram-se, portanto, a seguir neste particular e em relação à actividade de distribuição de energia o estabelecido nas Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE que, ao contrário do que acontece em relação à actividade de transporte, não exigem a separação de propriedade de activos. Com efeito, entende-se que a possibilidade de discriminação no que respeita ao acesso e ao investimento de terceiros é menos significativa ao nível da distribuição do que ao nível do transporte, em que o congestionamento e a influência dos interesses da produção são em geral maiores do que na distribuição.

Temos, porém, sérias dúvidas se a mera separação jurídica da actividade de distribuição (ainda que complementada pela separação funcional), será suficiente para impedir fenómenos discriminatórios, nomeadamente de favorecimento de empresas que pertençam ao mesmo grupo empresarial (comercializadores) em detrimento de empresas suas concorrentes.

Deste modo, e num contexto em que apenas se exige a separação jurídica entre a actividade de distribuição e as restantes actividades do sector, nomeadamente a comercialização, assumem especial importância as regras sobre procedimentos de mudança de comercializador, que se destinam precisamente a evitar os referidos tratamentos preferenciais e a garantir níveis adequados de transparência entre estas actividades ⁽¹²¹³⁾.

Do mesmo modo, são também importantes medidas como as que referimos acima e que obrigam os operadores da rede de distribuição a elaborarem códigos de conduta, bem como programas de conformidade.

Estamos neste último caso, e conforme referimos acima na Parte III, perante novos instrumentos jurídicos que procuram responsabilizar directamente os operadores quer pela sua elaboração, quer pelo seu correcto cumprimento.

Estes instrumentos constituem, aliás, uma manifestação concreta de um novo tipo de intervenção regulatória (neoregulação) no sector da energia, testemunhando uma preferência (ainda que circunstanciada) por instrumentos regulatórios menos intrusivos, mais descentralizados, que privilegiam a liberdade de iniciativa privada.

⁽¹²¹³⁾ Deste modo, prevê-se actualmente a existência de mecanismos que assegurem a mudança de comercializador num período não superior a três semanas e sem custos devidos pelo acto de mudança para o consumidor (cfr. art. 53.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212-A/2012, de 8 de Outubro e art. 47.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro). Em sentido negativo, regista-se, no entanto, que até a esta data ainda permanece por criar a figura do operador logístico de mudança de comercializador, previsto nos diplomas de 2006. Trata-se de um atraso injustificável, atendendo à importância das atribuições do referido operador, especialmente, numa fase em que o mercado deve ser, cada vez mais, concorrencial.

Não obstante estes exemplos de auto-regulação, a regulação do sector da energia continua a ser, porém, uma tarefa essencialmente confiada a entidades públicas. Aliás, a questão da separação de actividades - que se assume como a questão regulatória por excelência do sector – é bem o exemplo disso, tendo em conta as amplas competências da ERSE nesta matéria, nomeadamente ao nível da certificação dos operadores das redes de transporte de electricidade e de gás natural e de aprovação dos programas de conformidade dos operadores das redes de distribuição e das infra-estruturas do terminal de GNL e do armazenamento subterrâneo de gás natural, para além das competências em matéria de aplicação de sanções pela infracção destas regras ⁽¹²¹⁴⁾.

Estas competências regulatórias abrangem tanto actividades não concorrenciais, como actividades concorrenciais como fica, aliás, bem patente neste capítulo sobre separação de actividades de redes e actividades de produção e de comercialização. Assim, *“se a actividade é potencialmente competitiva, a regulação “recria” o mercado, defendendo-o; se a actividade não é competitiva, a regulação substitui o mercado com mecanismos que não distorcem as regras do mercado que regem outras actividades”* ⁽¹²¹⁵⁾.

2.2.2.2. Os modelos alternativos de separação de actividades

Os Decretos-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e 230/2012, de 26 de Outubro que alteraram, respectivamente, o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro (electricidade) e o Decreto-Lei n.º 30/2006, também de 15 de Fevereiro (gás natural) vieram introduzir alterações significativas em matéria de separação de actividades.

Essas alterações dizem respeito, basicamente, à consagração de dois modelos alternativos ao modelo de separação jurídica e patrimonial da actividade de transporte de electricidade e de gás natural até agora previsto na lei ⁽¹²¹⁶⁾.

Ora, para além da questão da oportunidade destas novas alterações legislativas, atendendo a que os mesmos diplomas tinham sido, há pouco mais de um ano, objecto de alterações com o mesmo objectivo (transposição do “Terceiro Pacote Energético” aprovado pela União Europeia), e do que isso representa em termos de ausência de estabilidade do quadro regulatório quer para operadores, quer para consumidores, a

⁽¹²¹⁴⁾ Cfr. capítulo 3.2.1.1. *infra*.

⁽¹²¹⁵⁾ GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op. cit., p. 716.

⁽¹²¹⁶⁾ Cfr. art. 25.º-F do Decreto-Lei n.º 29/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e art. 21.º-F do Decreto-Lei n.º 30/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012.

nossa opinião é a de que as referidas alterações em matéria de modelos de separação de actividades são criticáveis.

Com efeito, decorre da análise dos referidos diplomas que, para o nosso legislador, a transposição das Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE ainda se encontrava por cumprir, faltando, entre outras medidas, transpor para o nosso ordenamento jurídico os modelos alternativos de separação de actividades que aquelas Directivas admitem.

E é aqui que começa o primeiro “erro” ou “equivoco” do legislador. Efectivamente, apesar desta declaração de intenções, e não obstante a referência no corpo dos Decretos-Lei a dois modelos alternativos à separação patrimonial, a verdade é que apenas um deles, o segundo, corresponde a um dos modelos alternativos previstos nas Directivas.

Com efeito, recorde-se que as Directivas atribuíam aos Estados-Membros o direito de optar pela plena separação da propriedade ou, em sua alternativa, pelo modelo de operador de rede independente ou pelo modelo de transportador independente relativamente aos interesses da produção e da comercialização.

Ora, os diplomas acima referidos apenas consagram o modelo alternativo do operador de transporte independente (OTI), tendo deixado cair o modelo do operador de rede independente (¹²¹⁷).

Com efeito, o primeiro “modelo alternativo” previsto em ambos os diplomas resume-se, na verdade, a um reforço das regras da separação jurídica e patrimonial já previstas na lei, aplicando-as, no entanto, a uma situação em particular.

Deste modo, prevê-se agora que, caso surjam objecções à certificação da entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte de electricidade ou de gás natural, ou seja, dúvidas quanto ao cumprimento do modelo de separação jurídica e patrimonial previsto na lei, a ERSE possa notificar a referida entidade concessionária para praticar os actos e adoptar as medidas necessárias a assegurar o *cumprimento integral* das condições relativas à separação jurídica e patrimonial previstas naquele artigo.

Ora, os actos e medidas em causa destinam-se, fundamentalmente, a assegurar a independência jurídica, organizativa e no plano da tomada de decisões da entidade concessionária da rede de transporte (de electricidade ou de gás natural) relativamente à entidade que exerce a actividade prevista no artigo 70.º do Decreto-Lei

(¹²¹⁷) Na proposta apresentada pelo Governo, em Junho de 2012, aos diversos operadores de mercado, consagrava-se, no entanto, expressamente, a possibilidade de opção também pelo modelo de operador de rede independente que, entretanto, deixou de constar dos diplomas aprovados.

n.º 172/2006, de 23 de Agosto, ou seja, a actividade de aquisição de energia no âmbito dos contratos de aquisição de energia (CAE) ainda em vigor ⁽¹²¹⁸⁾.

Não estamos, no entanto, perante qualquer modelo alternativo ao modelo de separação patrimonial consagrado na nossa legislação, uma vez que é desde logo o próprio legislador a reconhecer que as medidas acrescidas que a ERSE pode impor à entidade concessionária da rede de transporte (de electricidade e de gás natural) se destinam a assegurar o cumprimento integral das condições relativas à separação jurídica e patrimonial ⁽¹²¹⁹⁾.

Diferentemente se passa, porém, em relação ao segundo modelo alternativo agora previsto na lei, ou seja, ao modelo do operador de transporte independente ⁽¹²²⁰⁾. Com efeito, neste caso estamos perante um verdadeiro modelo alternativo ao modelo da separação patrimonial, uma vez que o mesmo pressupõe que nos encontramos perante uma empresa verticalmente integrada ⁽¹²²¹⁾.

Trata-se, porém, em nossa opinião, de uma errada transposição das Directivas de 2009 que parece, além do mais, não ter em conta o contexto específico que rodeou a aprovação das mesmas.

Efectivamente, e conforme escrevemos acima quando analisámos a evolução da legislação comunitária nesta matéria, perante o aceso debate que se gerou entre os Estados-Membros em relação aos modelos de separação entre actividades competitivas e actividades não competitivas e, em particular, face às inúmeras resistências opostas por alguns Estados em relação ao modelo da completa separação patrimonial da actividade de transporte quer no sector eléctrico, quer no sector do gás natural, a Comissão Europeia propôs ao Parlamento Europeu e ao Conselho a adopção de um modelo tripartido, alternativo, de separação.

⁽¹²¹⁸⁾ Trata-se da empresa do Grupo REN responsável pela gestão dos contratos de aquisição de energia (CAE) celebrados ao abrigo do anterior regime do sector eléctrico (Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Julho, na redação que lhe foi dada pelos Decretos-Leis n.º 56/97, de 14 de Março e 198/2000, de 24 de Agosto) e que não cessaram em 30 de Junho de 2007, data da entrada em vigor do mecanismo dos Custos para a Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC's). Essa empresa é a REN Trading, SA (detida a 100% pela REN SGPS, SA), que adquire às centrais do Pego e da Turbogás a totalidade da energia produzida e dos serviços de sistema.

⁽¹²¹⁹⁾ Daqui se podendo concluir, portanto, também que, para o legislador, a REN não é uma empresa verticalmente integrada. Com efeito, a dúvida é legítima, uma vez que a REN Trading surge no site oficial da ERSE como produtora de electricidade em regime ordinário. trata-se, no entanto, de uma actividade marginal, sendo inclusivamente transitória.

⁽¹²²⁰⁾ Cfr. artigos 26.º-A e segs. do Decreto-Lei n.º 29/2006, aditados pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 (electricidade) e artigos 21.º-F e segs. do Decreto-Lei n.º 30/2006, aditados pelo Decreto-Lei n.º 230/2012 (gás natural).

⁽¹²²¹⁾ Deste modo, a entidade concessionária da rede nacional de transporte (de electricidade ou de gás natural), pode em alternativa ao primeiro "modelo", requerer ao membro do governo responsável pela área da energia a aplicação das regras previstas na subsecção II, da secção II, do capítulo II do Decreto-Lei n.º 29/2006 (electricidade) ou do Decreto-Lei n.º 30/2006 (gás natural), o que depende, no entanto, da sua prévia certificação, pela ERSE, enquanto OTI.

De acordo com este modelo, que viria a ser concretizado nas Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, os Estados-Membros tinham o direito de optar entre a plena separação da propriedade e o modelo de operador de rede independente ou o modelo de transportador independente. Para que os Estados-Membros pudessem escolher um dos dois modelos alternativos à separação da propriedade era necessário, porém, que em 3 de Setembro de 2009 a empresa proprietária da rede de transporte estivesse integrada numa empresa verticalmente integrada, ou seja, numa empresa ou num grupo de empresas que exercesse, pelo menos, uma actividade de transporte e distribuição, e, pelo menos, uma actividade de produção e de comercialização.

O esquema desenhado nas Directivas de 2009 destinava-se, portanto, a acomodar os interesses e as pretensões de um grupo particular de países (entre os quais se incluía a França e a Alemanha) que não tinham ainda procedido à separação da propriedade dos activos da rede de transporte, ou seja, de países onde os incumbentes ainda eram empresas verticalmente integradas. Deste modo, os modelos de operador de rede independente e de operador de transporte independente constituíam a “solução menos boa, mas ainda assim aceitável” que a Comissão encontrou para satisfazer todos os Estados-Membros.

A solução regra é, no entanto, a separação de propriedade do transporte em relação aos interesses da produção e da comercialização. Com efeito, pode ler-se no preâmbulo das Directivas que esta solução é *“o meio mais eficaz de promover o investimento nas infra-estruturas de forma não discriminatória, um acesso equitativo à rede por parte dos novos operadores, bem como a transparência do mercado”*.

Deste modo, os Estados-Membros deveriam assegurar que, a partir de 3 de Março de 2012, cada empresa proprietária de uma rede de transporte actuasse como operador da rede de transporte, o que implicaria que estivesse separada patrimonialmente das actividades competitivas do sector.

As Directivas são também claras nos seus propósitos quando estabelecem, no preâmbulo, que *“se um Estado-Membro tiver exercido esse direito (optar pela separação da propriedade), as empresas não têm o direito de criar um operador independente de rede ou um operador independente de transporte”*. Ou seja, uma vez exercida a opção política pelo modelo de separação de propriedade, os Estados-Membros não podiam fazer “marcha-atrás” no processo (não podendo, em última análise, fazer também “marcha-atrás” no processo de construção do mercado único de energia).

Neste contexto, em que fica claro que a construção do mercado único de energia passa pela separação da propriedade dos activos da rede de transporte em relação às

actividades competitivas da cadeia de valor, não se percebe como pode o legislador português pretender vir agora, a pretexto de “transpor” integralmente as Directivas de 2009, recuar na sua opção, tomada em 2006, de proceder à separação patrimonial da actividade de transporte quer no sector da electricidade, quer no sector do gás natural, abrindo a possibilidade de ser implementado, em sua substituição, o mencionado “modelo alternativo de separação” que consiste na designação de um OTI, conforme se prevê nos diplomas que alteraram quer o Decreto-Lei n.º 29/2006, quer o Decreto-Lei n.º 30/2006.

Com efeito, não há dúvidas, pois é isso que consta da versão original dos Decretos-Leis n.º 29/2006 e 30/2006 ⁽¹²²²⁾, mantidos pelos Decretos-Leis n.º 78/2011 e 77/2011, respectivamente, que o nosso País adoptou o modelo da separação patrimonial. Aliás, a opção política por este modelo resulta igualmente de forma evidente da Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005 que aprovou a Estratégia Nacional para a Energia.

Que na prática o modelo da separação patrimonial ainda não estivesse completamente implementado, apesar da autonomização dos activos regulados do sector eléctrico e do sector do gás natural e da sua integração numa empresa que não fazia parte do Grupo EDP, nem do Grupo GALP, é outra coisa bem diferente ⁽¹²²³⁾. Com efeito, este aspecto em nada contende com a opção política pelo modelo de separação da propriedade, devendo, quando muito, alterar-se esta situação de facto, de forma a que a mesma passasse a respeitar a lei. Não deve é ser a lei a ser alterada para acomodar uma situação de facto que com ela está desconforme.

Por estes motivos, a opção pelo modelo do OTI prevista nos referidos diplomas é, em nossa opinião, altamente criticável, pondo mesmo em causa o processo de liberalização do mercado de energia no nosso País.

Nem se diga, que, em realidade, não estamos perante um verdadeiro modelo alternativo de separação, uma vez que o modelo de OTI não significa mais do que um reforço das regras da separação funcional da actividade de transporte já contidas nas Directivas de 2003, aplicável a todos os operadores da rede de transporte, independentemente de estarem, ou não, separados patrimonialmente.

Com efeito, e ainda que assim possa ser entendido, a verdade é que tal como se encontra actualmente previsto, o modelo do OTI, ao pressupor que nos encontramos perante uma empresa verticalmente integrada, põe em causa o modelo da separação patrimonial da actividade de transporte previsto na lei e que constitui a nossa solução “regra”, representando um evidente recuo nesta matéria.

⁽¹²²²⁾ Cfr. art. 25.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006 e art. 21.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁽¹²²³⁾ Cfr. notas de rodapé n.º 1218 e n.º 1219.

Aliás, não deixa de ser um paradoxo que numa matéria em que já estivemos “à frente” da maioria da Europa (ao termos adoptado, logo em 2006, o modelo da separação de propriedade dos activos da rede de transporte, quando a isso não éramos obrigados), possamos estar agora a retroceder para fazer parte do grupo dos que ainda resistem à abertura do mercado de energia.

2.2.3. O regime das actividades. Instrumentos jurídicos.

A análise dos instrumentos jurídicos que disciplinam o regime de acesso, bem como o exercício das diferentes actividades do sector energético (electricidade e gás natural) deve ser feita considerando os seguintes “novos” dados: por um lado, estamos hoje maioritariamente perante actividades privadas, algumas das quais exercidas em regime de concorrência; por outro lado, e não obstante se ter assistido a uma “despublicatio” destas actividades, estão em causa actividades privadas de interesse público, pelo que, ainda que as mesmas sejam exercidas em regime de mercado, devem ser sujeitas a um controlo público. Isto é, aliás, especialmente visível no sector energético em que a par das questões ligadas à regularidade, continuidade e qualidade do serviço, existem também preocupações relacionadas com a segurança do abastecimento (de energia eléctrica e de gás natural), o que continua a tornar necessária a intervenção do Estado.

Deste modo, e ao contrário do que se poderia pensar, o facto de o Estado ter cedido o seu protagonismo (enquanto empresário) a actores privados, para assumir o papel de árbitro do jogo da oferta e da procura, não determinou uma menor *intensidade* da intervenção pública neste sector.

Com efeito, a responsabilidade pela execução daquelas actividades (antes consideradas públicas) deu lugar a uma responsabilidade de garantia, de acordo com a qual cabe agora ao Estado assegurar que as actividades não só são desempenhadas, como o são dentro de determinados parâmetros tendo em vista o cumprimento dos objectivos económicos, mas também sociais, fixados pelos reguladores.

Deste modo, embora já não seja o Estado que exerce a actividade, é o Estado que continua a garantir que a mesma é efectivamente prestada.

Neste contexto, torna-se necessário encontrar “novos” mecanismos, bem como “novos” instrumentos jurídicos (regulatórios) de intervenção no exercício das actividades económicas, substitutivos da propriedade do capital social, que continuem a assegurar, no entanto, a protecção do interesse público.

É o caso dos actos administrativos de controlo como as licenças ou os registos ou dos novos contratos regulatórios que concretizam essa nova função administrativa que é a regulação. Assim, e ainda que se trate de técnicas administrativas relativamente conhecidas, o novo contexto em que as mesmas surgem (para regular o acesso, bem como o exercício de actividades privadas de interesse público), faz com que as mesmas assumam novas funções e com isso enfrentem também novos desafios.

Para começar, será preciso superar os tradicionais critérios de distinção entre técnicas administrativas de intervenção, como a autorização e a concessão, que assentam na natureza jurídica das actividades envolvidas (actividades públicas e actividades privadas). Com efeito, estes critérios mostram-se hoje desajustados num ambiente de privatização e de progressiva abertura dos mercados, sendo fonte de várias incoerências.

É o que acontece no sector energético, em que as actividades passaram a ser privadas, sendo umas, porém, exercidas em regime de mercado (produção e comercialização), enquanto outras continuam fora do mercado (transporte e distribuição). Deste modo, e conforme propusemos na Parte III desta dissertação ⁽¹²²⁴⁾, aos critérios tradicionais (actividade pública: concessão; actividade privada: autorização ou licença) haverá que contrapor agora um novo critério de distinção: o critério da actividade exercida em regime de concorrência ou em regime de monopólio.

O maior desafio passa, no entanto, em nossa opinião, por encontrar um adequado equilíbrio entre o exercício dos direitos de propriedade e de livre iniciativa privada dos operadores, sem comprometer a satisfação de necessidades que são consideradas básicas para a colectividade.

Trata-se de um equilíbrio difícil que nem sempre é fácil de conseguir.

Efectivamente, muitas vezes, a pretexto de “melhor regular” um determinado aspecto do sector, pode estar-se, na realidade, a criar constrangimentos desnecessários ao seu funcionamento, com isso entravando o livre funcionamento da concorrência. A regulação pode ter, assim, por vezes, este efeito paradoxal, já que em vez de contribuir para a abertura do mercado e, consequentemente, para o seu correcto funcionamento, pode, a final, revelar-se anti-concorrencial.

Ora, estes aspectos são especialmente importantes em matéria de definição das condições de acesso ou de exercício de actividades económicas, pelo que é preciso estar atento aos condicionamentos criados pelas diversas intervenções administrativas e, particularmente, à justificação para a sua existência.

⁽¹²²⁴⁾ Cfr. capítulo 4.1.1.

Vejamos, no entanto, quais são os instrumentos jurídicos que regulam o exercício, no nosso ordenamento, das diferentes actividades do sector eléctrico (produção, transporte, distribuição e comercialização) e do sector do gás natural (transporte, regaseificação e terminal de GNL, armazenamento subterrâneo, distribuição e comercialização) e se os mesmos se mostram à altura dos novos desafios trazidos pelos processos de liberalização e de transformação dos serviços públicos tradicionais.

2.2.3.1. As licenças. O registo. A comunicação prévia.

A análise do quadro regulatório quer do sector da electricidade, quer do sector do gás natural leva-nos, desde logo, a concluir que existe uma clara preferência, da parte do legislador, pela utilização da figura jurídica da licença quando esteja em causa o exercício de actividades concorrenciais (como são a produção de electricidade ou a comercialização de electricidade e de gás natural).

Com efeito, de acordo com a versão originária quer do Decreto-Lei n.º 29/2006, quer do Decreto-Lei n.º 30/2006, as actividades de produção, no caso do sector eléctrico, e a actividade de comercialização (a denominada comercialização livre) no sector eléctrico e no sector do gás natural, desenvolviam-se em regime de livre concorrência, estando sujeitas à prévia emissão de uma licença.

O legislador ia mesmo mais longe, referindo inclusivamente que o exercício destas actividades era “livre”, ficando apenas sujeito à obtenção de licença junto das entidades administrativas competentes ⁽¹²²⁵⁾.

Esta referência corresponde, porém, em nossa opinião, a uma manifesta confusão entre o regime de exercício das actividades (em mercado) e a existência de um controlo público. Com efeito, não obstante as referidas actividades serem exercidas em regime de mercado livre, não deixam, apesar disso, de estar sujeitas a regulação pública ⁽¹²²⁶⁾. Aliás, a própria previsão da necessidade da emissão de uma licença (ou de um registo, como acontece, hoje em dia, com a actividade de comercialização), previamente ao exercício das referidas actividades, não é outra coisa, senão um exemplo de regulação.

Entretanto, posteriormente, e com a entrada em vigor dos Decretos-Lei n.º 77/2011 e 78/2011, que alteraram, respectivamente, o Decreto-Lei n.º 30/2006 e o Decreto-Lei n.º 29/2006, apenas as actividades de produção de electricidade e de

⁽¹²²⁵⁾ Cfr. artigos 15.º e 42.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, bem como o art. 37.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁽¹²²⁶⁾ Cfr. capítulo 2.3 da Parte II, *supra*.

comercialização de último recurso de electricidade e de gás natural continuaram a ser disciplinadas através de licença (o que se manteve com o Decreto-Lei n.º 215-A/2012 de 8 de Outubro e com o Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro que alteraram, respectivamente, o Decreto-Lei n.º 29/2006 e o Decreto-Lei n.º 30/2006).

Em causa está um acto administrativo que, de acordo com a doutrina administrativa tradicional, atribui um direito a um particular (no que se distinguiria da autorização em sentido estrito, precisamente porque neste caso o particular já seria titular do direito, limitando-se o acto de autorização a permitir o seu exercício).

Deste modo, e regressando à utilização da licença nos sectores da electricidade e do gás natural, trata-se de uma forma de controlo prévio da Administração cujo emprego se fica a dever ao facto de se tratar de actividades que embora sendo privadas e exercidas em regime de mercado, tornam ainda assim necessário, face à sua importância para a colectividade, um controlo administrativo, controlo esse que, tendo em conta os riscos associados ao exercício da cada uma daquelas actividades, deve ser prévio, exigindo um procedimento administrativo complexo de forma a avaliar as condições dos futuros titulares para o seu exercício.

A licença surge, portanto, como um acto administrativo de controlo (prévio), ou seja, um acto que para além de atribuir um direito ao particular (direito de exercer uma determinada actividade privada), atesta, simultaneamente, que aquele mesmo particular tem condições para prosseguir o interesse público, isto é, para exercer aquela actividade de acordo com determinados parâmetros fixados pelas entidades reguladoras.

Com efeito, e em concreto em relação à actividade de produção de energia eléctrica, estão em causa interesses públicos como a segurança do fornecimento, a protecção do meio-ambiente, a concorrência, a fiabilidade e a segurança das redes eléctricas, entre outros, sendo necessário assegurar, por conseguinte, que os futuros produtores de energia têm condições (técnicas, económicas e financeiras) para prosseguir aqueles mesmos interesses públicos ⁽¹²²⁷⁾.

Já em relação à actividade de comercialização, numa fase em que o mercado se encontrava a dar os primeiros passos, era importante garantir que as entidades responsáveis pela compra e venda de energia, nomeadamente aos consumidores domésticos, reuniam, efectivamente, as condições necessárias para o exercício desta actividade, não pondo em risco o abastecimento dos seus clientes, nem, em última análise, o próprio funcionamento do mercado de energia.

⁽¹²²⁷⁾ Cfr. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro.

Entretanto, e com a experiência de funcionamento do mercado de electricidade e de gás natural, “simplificou-se” o procedimento de acesso à actividade de comercialização (livre), sujeitando-a apenas a um registo (¹²²⁸). Continuamos a estar, porém, perante uma forma de controlo público prévio, na medida em que o registo antecede o início do exercício da actividade; trata-se, no entanto, de uma forma de regulação mais “soft” do que a licença (¹²²⁹).

Efectivamente, em causa está um acto tendencialmente vinculado que baseia a decisão de atribuição de um direito ao particular na verificação quanto ao cumprimento, por este, de determinados elementos previamente fixados na lei (verificação constitutiva).

Neste caso, nota-se o amadurecimento do sector ao se ter evoluído de um sistema de licença para um sistema de registo, o que em nossa opinião se justifica com o objectivo de diminuir os constrangimentos ao funcionamento desta actividade (que é, por natureza, uma actividade competitiva).

Trata-se, aliás, de um exemplo de neoregulação no sector energético, consequência da progressiva maior abertura do sector (pelo menos, de algumas actividades) ao mercado. Continua, porém, a exigir-se a licença para a actividade de comercialização de último recurso, o que se justifica em nosso entender, considerando as especiais obrigações a que se encontra sujeito o comercializador de último recurso e aos riscos derivados do incumprimento das mesmas, o que torna necessário um procedimento e um controlo mais completo da parte do regulador.

Outro exemplo de neoregulação diz respeito à consagração da figura da comunicação prévia em matéria de acesso à actividade de produção de energia eléctrica em regime especial (¹²³⁰).

Verifica-se, assim, também aqui, uma flexibilização ou simplificação no regime de acesso a esta actividade (competitiva), ainda que apenas nos casos de produção de electricidade em regime especial e nas situações em que, entendeu o legislador, o exercício da actividade comporta um risco menor para o interesse público (¹²³¹).

(¹²²⁸) Cfr. art. 42.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e art. 37.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012.

(¹²²⁹) O que é, desde logo, visível ao nível dos elementos com que o particular tem de instruir o seu pedido de registo junto da Direcção-Geral de Energia e Geologia (cfr. art. 47.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012 (electricidade) e art. 34.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro).

(¹²³⁰) Cfr. art. 33.º-E, n.º 1, al. b) e n.º 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 172/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

(¹²³¹) Apenas nos casos em que não se verifique algum destes requisitos: potência de ligação superior a 1 MVA; sujeição da instalação do centro electroprodutor aos regimes jurídicos de avaliação de impacte ambiental ou de avaliação de incidências ambientais; a instalação do

Estamos, tal como no caso da licença, também perante um controlo prévio. Porém, enquanto a licença configura um controlo preventivo público, a comunicação prévia dá lugar a um controlo preventivo privado.

Com efeito, neste caso, o controlo prévio (de acesso à actividade) é feito pelo particular, para quem é transferido o ónus de comunicação dos elementos necessários para o exercício da actividade, ficando a Administração desonerada de fazer a correspondente verificação (embora existam situações em que se permite uma fiscalização prévia pública a qual pode dar lugar apenas a um acto de rejeição da comunicação prévia e já não a um acto positivo da parte da Administração). Significa isto, portanto, que a fiscalização pública é remetida, nestes casos, para um momento posterior ao do início da actividade.

Ora, analisando o regime concreto do procedimento de comunicação prévia previsto na legislação do sector eléctrico ficamos com algumas dúvidas se estamos perante uma verdadeira comunicação prévia no sentido que descrevemos acima.

Deste modo, e não obstante este procedimento de comunicação prévia ainda não se encontrar aprovado ⁽¹²³²⁾, tudo indica que, não obstante se pretender instituir um controlo prévio privado, o mesmo pode abrir, no entanto, caminho a uma decisão prévia da Administração (DGEG) sobre aquele acto e, consequentemente, levar à prática de um verdadeiro e próprio acto administrativo.

Com efeito, a lei prevê a existência de um acto de admissão da comunicação prévia ⁽¹²³³⁾ que parece configurar um verdadeiro acto administrativo, o que em nosso entender subverte, de certa forma, a figura da comunicação prévia que é, por natureza, um acto privado que não necessita de um acto administrativo de aceitação para produzir os seus efeitos.

Resta-nos aguardar para ver como será o desenho final deste regime jurídico, embora tudo leve a crer que a intenção do legislador foi prever a existência de um regime mais simplificado do que o procedimento de atribuição de licença de produção

centro electroprodutor esteja projectada para espaço marítimo sob a soberania ou jurisdição nacional; o regime remuneratório aplicável seja o da remuneração garantida (cfr. art. 33.º-E, n.º 2 e 3 do Decreto-lei n.º 172/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012). Com efeito, nestas situações, a instalação dos centros electroprodutores continua dependente da prévia atribuição de uma licença (controlo público prévio).

⁽¹²³²⁾ Cfr. o art. 33.º-I, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012 que remete para uma portaria a aprovar pelo membro do governo responsável pela área da energia a aprovação do regime jurídico do procedimento de comunicação prévia, bem como das regras aplicáveis à emissão, transmissão, alteração e extinção do acto de admissão de comunicação prévia.

⁽¹²³³⁾ Veja-se o art. 2.º, al. b) do Decreto-Lei n.º 172/2006, com a sua nova redacção, de acordo com o qual o “acto de admissão da comunicação prévia” é o acto da entidade competente que admite a comunicação prévia para efeitos de estabelecimento e exercício da actividade de produção de electricidade em regime especial.

de electricidade em regime especial, transferindo para os particulares ónus que, à partida, caberiam à Administração.

2.2.3.2. A concessão de serviço público. Crítica.

Ao contrário do que se passa com as actividades de produção de electricidade e de comercialização de electricidade e de gás natural, as actividades ditas de redes ou de infra-estruturas (como o transporte e a distribuição de energia eléctrica e de gás natural e a recepção, armazenamento e regaseificação de GNL e o armazenamento subterrâneo de gás natural), que são exercidas em regime de exclusivo ⁽¹²³⁴⁾, são reguladas fundamentalmente através de contratos de concessão de serviço público ⁽¹²³⁵⁾.

A diferença não reside, no entanto, apenas no tipo de instrumento jurídico em causa (actos bilaterais em lugar de actos unilaterais, como são as licenças ou os registos) mas, sobretudo, no regime jurídico que o mesmo acarreta.

Neste sentido, a lei dispõe que as actividades de transporte e de distribuição de energia, bem como as actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL e de armazenamento subterrâneo são exercidas em regime de concessão de serviço público ⁽¹²³⁶⁾.

Ora, esta referência a um *“regime de concessão de serviço público”* pode não ser totalmente indiferente. Com efeito, a principal questão que se coloca a propósito da utilização do contrato de concessão de serviço público como instrumento regulatório destas actividades prende-se, precisamente, em saber se estamos diante de um verdadeiro contrato de concessão de serviços públicos ou antes perante um contrato regulatório, cujo conteúdo contratual é dado pelo regime de serviço público.

A concessão de serviços públicos configura *“um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço”* ⁽¹²³⁷⁾. Por sua vez, o contrato regulatório, de acordo com a nossa própria

⁽¹²³⁴⁾ Em rigor, apenas a actividade de transporte e de distribuição de energia eléctrica e de gás natural constituem verdadeiros monopólios naturais.

⁽¹²³⁵⁾ Dizemos fundamentalmente, uma vez que a actividade de distribuição de gás natural é disciplinada quer através de contrato de concessão (distribuição regional), quer de licença de serviço público (distribuição local).

⁽¹²³⁶⁾ Cfr. art. 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e artigos 15.º, n.º 1 e 27.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

⁽¹²³⁷⁾ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, op. cit., p. 130.

definição apresentada acima ⁽¹²³⁸⁾, é um instrumento regulatório que se destina a regular o exercício de actividades privadas ligadas à prestação de serviços de interesse económico geral, disciplinando determinados aspectos que interessam a toda a colectividade e que ultrapassam o mero interesse das partes.

A figura do contrato regulatório distingue-se, portanto, da figura do contrato de concessão de serviços públicos na medida em que enquanto aquele disciplina o exercício de actividades privadas, o contrato de concessão de serviços públicos tem como objecto a gestão de actividades públicas, reservadas por lei à Administração. Por outro lado, diferentemente do contrato de concessão de serviços públicos que convoca uma responsabilidade administrativa de execução (de uma actividade pública), o contrato regulatório corresponde antes a uma manifestação da responsabilidade pública de garantia.

A referência à figura da concessão de serviços públicos no sector da energia não é, no entanto, de agora. Com efeito, a utilização da mesma data da altura em que a produção, transporte e distribuição de electricidade e de gás natural eram consideradas tarefas públicas. Entretanto, e por influência do Direito Comunitário, assistiu-se à liberalização destas actividades, o que levou ao desmantelamento de vários monopólios públicos e com isso à sua “despublicatio”. Deste modo, está em causa não apenas a transferência da sua gestão e organização para privados, mas a própria privatização das actividades (privatização material).

Neste contexto, e como sublinham PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *“não há espaço para falar de serviço público (em sentido subjectivo) em relação a essas, bem como em relação a outras tantas actividades. Por outro lado, sem serviço público, não há concessão de serviço público, uma vez que a concessão do direito de exercer uma actividade exige a prévia atribuição da sua titularidade a um sujeito público (o concedente)”* ⁽¹²³⁹⁾.

Por outro lado, a este facto junta-se ainda a circunstância de, com os processos de liberalização, se ter procedido, conforme também referimos atrás, à separação das actividades de transporte e de distribuição das actividades de produção e de comercialização (anteriormente integradas numa mesma empresa). Deste modo, o exercício das actividades de transporte e de distribuição passou a consistir fundamentalmente na manutenção e exploração das redes e das infra-estruturas a

⁽¹²³⁸⁾ Cfr. capítulo 5.1. da Parte III, *supra*.

⁽¹²³⁹⁾ PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, op. cit., p. 183. No mesmo sentido, MATILDE GUTIÉRREZ refere igualmente a propósito do sector do gás natural em Espanha que *“se o serviço deixa de ser um serviço público de titularidade do Estado, não será possível continuar a utilizar a figura da concessão para levar a cabo a sua gestão”* (MARIA MATILDE SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, *La Regulación del Sector del Gas Natural*, tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 339).

elas afectas, deixando de envolver a prestação de um serviço público (completo) de transporte, distribuição e fornecimento de energia.

Por conseguinte, tendo em conta a evolução que a noção de serviço público entretanto sofreu, bem como a evolução registada nas próprias indústrias de rede por influência do Direito Comunitário, deixou de ser possível, em nossa opinião, recorrer à figura da concessão de serviço público no sector energético ⁽¹²⁴⁰⁾.

Isto não impede, porém, que se aproveite o regime jurídico da concessão de serviço público enquanto regime regulatório. Refira-se, aliás, em abono da verdade, que a referência contida na legislação quer do sector eléctrico, quer do sector do gás natural, a um “*regime de concessão de serviço público*” não deixa de levantar algumas suspeitas sobre qual terá sido, em rigor, a intenção do próprio legislador.

A nossa posição é, portanto, a de que a referência legislativa a concessões de serviço público deve ser entendida, nestes casos, apenas como uma referência a um concreto regime jurídico contratual (em tudo semelhante ao regime jurídico dos tradicionais contratos de concessão de serviços públicos) mas não à figura jurídica (em sentido próprio) da concessão de serviços públicos. Estaremos, assim, nestes casos, perante um verdadeiro contrato regulatório e não diante um contrato de concessão de serviços públicos, no seu sentido clássico.

Em causa está, portanto, a utilização do regime de serviço público que permite salvaguardar a regularidade, continuidade e eficiência das prestações (mesmo se prestadas por um privado), através do estabelecimento de um conjunto de princípios e de normas jurídicas e que contém igualmente regras especiais em matéria do regime de bens afectos à actividade.

A possibilidade de transmissão das infra-estruturas que fazem parte da “concessão” para o “concedente” Estado, uma vez extinta a concessão, tem sido,

⁽¹²⁴⁰⁾ A única excepção serão as concessões municipais de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão (Cfr. art. 31.º, números 3 e 4 do Decreto-Lei n.º 29/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012). Com efeito, a distribuição de electricidade em baixa tensão foi sempre, por tradição, uma atribuição municipal (cfr. artigo 164.º do Código Administrativo de 1940 que permitia às câmaras municipais explorar os serviços de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, bem como a Lei n.º 2002, de 1944 (Electrificação do País), que distinguia, a “produção, o transporte e a grande distribuição”, atribuição estadual, da “pequena distribuição”, atribuição municipal). A situação só se alterou em 1975, com a publicação do Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril que procedeu à nacionalização de várias empresas que se dedicavam à exploração do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. Esta situação manter-se-ia, no entanto, apenas até 1982, ano em que foi publicado o Decreto-Lei n.º 344-B/82, em 1 de Setembro, que voltou a considerar a distribuição de electricidade em baixa tensão como uma atribuição dos municípios. Esta solução legal foi, de resto, institucionalizada pela Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro (que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais), que no seu art. 17.º, n.º 1, al. a), dispõe expressamente que é competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão e a realização de investimentos no domínio da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão.

aliás, apresentada como uma das principais razões para o recurso, pelo legislador, à figura da concessão nas denominadas indústrias de rede (como são as comunicações electrónicas, a electricidade e o gás natural).

PEDRO GONÇALVES destaca este aspecto a propósito das concessões no sector eléctrico, ao afirmar que *“(...) no nosso juízo, a explicação para o recurso à figura da concessão neste âmbito, da operação de redes eléctricas nacionais, encontra-se na conveniência para o Estado, de configurar um regime que lhe permita adquirir o domínio das redes eléctricas, no caso de extinção do título que autoriza a respectiva operação. A figura da concessão assegura este objectivo regulatório. De certo modo, só ela o assegura, na medida em que, desde o início do processo, coloca todos os bens afectos à operação de redes à disposição do Estado, deixando claro que o universo desses meios constitui um património de destino”* ⁽¹²⁴¹⁾.

A verdade, porém, é que embora a utilização da figura da concessão permita atingir este objectivo regulatório, não é a única forma de o assegurar. Veja-se a licença de distribuição local de gás natural que prevê igualmente a possibilidade de transferência, para o Estado, dos bens integrantes da respectiva rede e instalação com a extinção da licença ⁽¹²⁴²⁾. Esta licença é, aliás, também exercida em regime de serviço público ⁽¹²⁴³⁾, o que nos suscita algumas dúvidas sobre o critério de distinção entre esta licença e a figura da concessão de serviços públicos especialmente no caso da actividade de distribuição de gás natural.

Com efeito, a licença de distribuição local de gás natural surge como uma espécie de “híbrido” entre a figura da licença propriamente dita (apta para o exercício de uma actividade privada) e a figura clássica da concessão de serviço público (com um regime de serviço público). A diferença mais significativa entre os dois regimes jurídicos será, porventura, ao nível do procedimento que precede a atribuição de cada um dos títulos. Efectivamente, enquanto a concessão de distribuição regional de gás natural é atribuída na sequência de realização de um concurso público ⁽¹²⁴⁴⁾, a licença de distribuição local é concedida a pedido do interessado (excepto nos casos em que existam vários interessados, situação em que se abrirá um concurso limitado entre todos eles ⁽¹²⁴⁵⁾). Foi, aliás, a previsão de um procedimento mais expedito que

⁽¹²⁴¹⁾ PEDRO GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico”, Cadernos O Direito, Temas de Direito da Energia, n.º 3, 2008, p. 205.

⁽¹²⁴²⁾ Cfr. art. 29.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

⁽¹²⁴³⁾ Cfr. art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012 e Portaria n.º 1213/2010, de 2 de Dezembro.

⁽¹²⁴⁴⁾ Cfr. art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

⁽¹²⁴⁵⁾ Cfr. art. 25.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

justificou a introdução desta figura jurídica (licença em regime de serviço público) no nosso ordenamento jurídico no início da década de dois mil do século passado ⁽¹²⁴⁶⁾.

Deste modo, ainda que a possibilidade da transmissão da propriedade das redes, extinta a concessão, possa ser um motivo para a utilização do regime da concessão de serviços públicos, o mesmo não será determinante, já que aquele objectivo regulatório pode também ser alcançado através de outros instrumentos regulatórios (como a licença em regime de serviço público).

Outros motivos justificam, no entanto, em nossa opinião, a utilização do regime jurídico da concessão enquanto regime regulatório, como o facto de estarmos perante uma actividade não concorrencial (exercida em exclusivo), o que exige um controlo mais próximo e, sobretudo mais eficaz, entre regulador e regulados, próprio da figura da concessão.

Aliás, em nossa opinião, a utilização deste especial regime regulatório justifica-se, apenas, nos casos de actividades exercidas em regime de monopólio, nomeadamente monopólios naturais (que implicam restrições naturais à concorrência), como são o transporte e a distribuição de energia, sendo mais difícil compreender a sua utilização para regular o exercício de actividades privadas concorrenciais, como são, por exemplo, as actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL e armazenamento subterrâneo de gás natural. Nestes casos, porém, a utilização de um contrato de concessão de serviços públicos como instrumento regulatório ficar-se-á a dever não só a motivos históricos, mas também ao facto de as actividades em causa envolverem a utilização de infra-estruturas de utilidade pública, em relação às quais o Estado quer continuar a manter um poder de fiscalização e de controlo apertado.

2.2.4. As técnicas de liberalização

A abertura à concorrência de serviços públicos tradicionais que, durante anos, estiveram reservados ao Estado, como foi o caso dos serviços de fornecimento de electricidade e de gás natural, não se pode fazer sem que se tomem algumas “precauções”.

Em causa estão serviços básicos para a colectividade, pelo que é absolutamente necessário encontrar mecanismos que garantam que, independentemente da natureza jurídica do prestador dos serviços (agora maioritariamente entidades privadas, quando anteriormente eram exclusivamente entidades públicas) e do facto de as actividades

⁽¹²⁴⁶⁾ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 8/2000, de 8 de Fevereiro.

serem hoje em dia prestadas em regime de mercado, aqueles mesmos serviços continuam a ser prestados em condições de regularidade, continuidade e de qualidade, satisfazendo as necessidades dos consumidores.

No fundo, trata-se de garantir que, apesar das mudanças verificadas do lado da oferta (agentes económicos), a procura (consumidores) não se ressentirá.

Por outro lado, tratando-se de prestações essenciais, como são o fornecimento de electricidade e o fornecimento de gás natural, torna-se também necessário assegurar que os novos prestadores do serviço não deixam de fora nenhum consumidor seja por motivos geográficos, económicos, técnicos ou outros.

Neste caso, trata-se de garantir que a lógica comercial não se sobrepõe a valores sociais como a solidariedade, a igualdade e a não discriminação.

A liberalização dos tradicionais serviços públicos económicos deve ser, assim, acompanhada da adopção de determinadas técnicas (as técnicas de liberalização) que salvaguardem convenientemente todos estes aspectos.

Pela sua importância para o sector energético, destacaremos, em particular, o estabelecimento de obrigações específicas de serviço público, a previsão de existência de um serviço universal, bem como a instituição de um direito de acesso de terceiros às redes, a que se junta ainda a definição e aprovação de tarifas reguladas.

Trata-se de técnicas diferentes que pretendem resolver alguns dos principais problemas colocados pela mudança de paradigma que resulta da passagem de um regime de monopólio público, para um regime de mercado dominado pela iniciativa privada. Em comum, todas estas técnicas têm, no entanto, o facto de serem uma forma de compromisso entre valores aparentemente contraditórios, como são a concorrência e a eficiência económica, de um lado, e a igualdade, o acesso universal a serviços essenciais e a protecção dos consumidores, do outro lado.

2.2.4.1. As obrigações de serviço público

O facto de a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de electricidade e de gás natural serem hoje actividades privadas, numa economia de mercado, não significa, no entanto, que estas mesmas actividades sejam regidas apenas e só pelas regras do mercado. Com efeito, a especial natureza dos serviços de fornecimento de electricidade e de gás natural, que são serviços económicos de interesse geral, obriga a que as regras de mercado tenham de ser temperadas, nestes casos, por outros valores nem sempre necessariamente económicos.

Deste modo, e independentemente dos operadores económicos actuarem ou não de forma livre e concorrencial, ao prestarem um serviço de interesse económico

geral ficam sujeitos ao cumprimento de determinadas obrigações que se destinam a salvaguardar o interesse público.

São as denominadas obrigações de serviço público que se dirigem, precisamente, a compatibilizar a existência de um mercado competitivo com as tradicionais funções do serviço público (regularidade, continuidade, adaptabilidade, segurança, entre outras) ⁽¹²⁴⁷⁾.

As obrigações de serviço público são, assim, uma forma de manter estas preocupações, ainda que num ambiente liberalizado e privatizado, em que a lógica comercial e do lucro assume um papel central e em que o Estado deixa de ser o principal prestador do serviço. São, desta forma, também uma manifestação da noção de serviço público em sentido material ou objectivo e da inerente preocupação de satisfação das necessidades colectivas que está associada àquele conceito (e que é independente da natureza do seu titular).

As diversas directivas sobre o mercado interno de energia têm-lhe feito, de resto, referência, dando a possibilidade aos Estados-Membros de poderem impor às empresas do sector, no interesse económico geral, obrigações de serviço público, nomeadamente em matéria de segurança, incluindo a segurança do fornecimento, de regularidade, de qualidade e de preço dos fornecimentos, bem como de protecção do ambiente, incluindo a eficiência energética, a promoção da energia a partir de fontes renováveis e a protecção do clima.

Em termos nacionais, estão previstas obrigações específicas de serviço público em matéria de segurança, regularidade e qualidade do abastecimento ⁽¹²⁴⁸⁾, de garantia da universalidade da prestação do serviço e de ligação à rede ⁽¹²⁴⁹⁾, bem como de protecção dos consumidores em termos de preços e tarifas ⁽¹²⁵⁰⁾. As obrigações de serviço público neste sector sujeitam ainda os diversos operadores

⁽¹²⁴⁷⁾ De acordo com VITAL MOREIRA, "(...) a ideia das "obrigações de serviço público" constitui ainda uma homenagem à filosofia fundamental da concepção europeia de serviço público" ("Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico", in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 237).

⁽¹²⁴⁸⁾ Cfr. art. 5.º, n.º 3, al. a) do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro; art. 5.º, n.º 3, al. a) do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

⁽¹²⁴⁹⁾ Cfr. art. 5.º, n.º 3, al. b) e c) do Decreto-Lei n.º 29/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012; art. 5.º, n.º 3, al. b) do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012.

⁽¹²⁵⁰⁾ Cfr. art. 5.º, n.º 3, al. d) do Decreto-Lei n.º 29/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012; art. 5.º, n.º 3, al. c) do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012.

económicos a adoptarem e a promoverem a adopção de comportamentos que sejam eficientes em termos energéticos e que protejam o ambiente ⁽¹²⁵¹⁾.

Deste modo, embora o campo de aplicação preferencial das obrigações de serviço público sejam as actividades exercidas de forma concorrencial, as obrigações de serviço público também se podem aplicar, pelo menos de acordo com a nossa legislação, às actividades exercidas em regime de exclusivo, como são o transporte e a distribuição de electricidade e de gás natural. É o caso, por exemplo, da garantia de ligação de todos os clientes às redes, o que obriga as concessionárias e licenciadas a procederem ao planeamento, remodelação e expansão das infra-estruturas que integram a respectiva concessão ou licença de forma a cumprirem com aquela obrigação, bem como a garantir a segurança do abastecimento.

Compete ao Estado, no seu novo papel de regulador, velar pelo respeito, bem como pelo cumprimento, pela parte dos operadores, das obrigações de serviço público.

Este controlo é feito no momento em que se avaliam as condições do operador para exercer uma determinada actividade (sendo algumas destas obrigações incluídas nos instrumentos regulatórios (por exemplo nas licenças, mas também nos contratos regulatórios) que disciplinam o exercício das actividades), bem como posteriormente, já durante o exercício da actividade.

Em certas condições, porém, a sujeição dos operadores ao cumprimento de determinadas obrigações de serviço público pode configurar uma limitação injustificada quer do seu direito de propriedade, quer do seu direito de iniciativa privada.

Com efeito, em determinadas situações, as obrigações de serviço público, se não forem adequadas e proporcionais e, inclusivamente, iguais para outros operadores que se encontrem nas mesmas condições, podem acabar por funcionar como um entrave ao funcionamento do próprio mercado de energia e, em última análise, como uma restrição inconstitucional daqueles direitos. Como assinala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *“é necessário que para que exista compatibilidade entre a livre concorrência e as “obrigações de serviço público”, estas devam ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e controláveis”* ⁽¹²⁵²⁾.

⁽¹²⁵¹⁾ Cfr. art. 5.º, n.º 3, al. e) do Decreto-Lei n.º 29/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012; art. 5.º, n.º 3, al. d) do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012.

⁽¹²⁵²⁾ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, in AAVV, *Derecho de la Regulación Económica. III Sector Energético*, tomo I, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO et al. (editores), Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, iustel, Madrid, 2009, p. 30.

É preciso, portanto, estar atento a estes aspectos, uma vez que os mesmos podem acabar por falsear a concorrência.

Finalmente, caberá também aos próprios clientes ou consumidores do “novo” serviço velar pelo cumprimento, pela parte dos operadores, das obrigações de serviço público. Com efeito, estas obrigações configuram, na maior parte dos casos, um correspondente direito da parte do consumidor que será, por isso, um dos principais interessados no seu cumprimento.

2.2.4.2. O serviço universal

O conceito de serviço universal surgiu nos Estados Unidos no âmbito da regulação do sector das telecomunicações, tendo sido importado nos finais dos anos oitenta do século passado pelo Direito Comunitário para a regulação dos serviços de redes, em especial nas telecomunicações.

O serviço universal não deve ser confundido com o conceito mais amplo de serviço de interesse económico geral que designa um sector de actividade económica que satisfaz necessidades colectivas como a energia, as comunicações electrónicas ou os serviços postais. Por serviço universal (também designado, nalguns casos, por obrigação de serviço universal) deve entender-se, no entanto, apenas, o serviço ou os serviços concretos, disponíveis a todos os consumidores, independentemente de condições geográficas, técnicas, económicas ou outras.

Em causa estão então serviços que, pela sua importância, devem ser acessíveis, de forma universal e em condições de igualdade, a todos os consumidores e que podem ser prestados por todos os operadores ou apenas por alguns deles (os denominados operadores do serviço universal).

O conceito distingue-se ainda do conceito de obrigações de serviço público que, tal como o serviço universal, são uma técnica de liberalização dos tradicionais serviços públicos. As obrigações de serviço público têm, porém, um âmbito mais abrangente do que o serviço universal. A obrigação de serviço universal é, portanto, apenas uma (eventualmente a mais importante) das obrigações de serviço público que podem ter, contudo, outras finalidades ⁽¹²⁵³⁾.

O serviço universal é, pois, uma noção-chave que o Direito Comunitário desenvolveu para assegurar, num ambiente de mercados abertos e concorrenciais, a efectiva acessibilidade a serviços essenciais, instituindo o direito de todos os consumidores terem acesso a certos serviços considerados essenciais e impondo aos

⁽¹²⁵³⁾ Dizendo respeito, por exemplo, ao ordenamento do território, à segurança do abastecimento ou à protecção do meio-ambiente.

prestadores de serviços a correspondente obrigação de prestar serviços definidos em condições específicas, entre as quais uma cobertura territorial completa e um preço acessível ⁽¹²⁵⁴⁾.

Em relação à utilização, a nível comunitário, do conceito de serviço universal no sector da energia apenas encontramos referências expressas a este conceito nas Directivas sobre o mercado interno da electricidade ⁽¹²⁵⁵⁾.

Deste modo, estabelece-se naqueles diplomas comunitários que *“os Estados-Membros devem garantir que todos os clientes domésticos e, nos casos em que o considerem adequado, as pequenas empresas (a saber, empresas com menos de 50 trabalhadores e um volume de negócios ou um balanço anual não superior a 10 000 000 EUR), beneficiem de um serviço universal, ou seja, do direito a serem abastecidos, a preços razoáveis, fácil e claramente comparáveis, transparentes e não discriminatórios, de electricidade de uma qualidade específica no seu território”*.

No caso da electricidade, tal como no caso do gás natural, e ao contrário do que acontece por exemplo no sector das comunicações electrónicas ⁽¹²⁵⁶⁾ ou dos serviços postais ⁽¹²⁵⁷⁾, há apenas um único serviço: o fornecimento de electricidade ou de gás, embora, em teoria, o mesmo se possa subdividir consoante os níveis de tensão (no caso da electricidade) ou os metros cúbicos (no caso do gás natural).

As Directivas sobre o mercado interno da electricidade referem ainda que, de forma a garantir a prestação de um serviço universal, os Estados-Membros podem designar um comercializador de último recurso.

O comercializador de último recurso surge então como o operador responsável pela prestação do serviço universal no sector da electricidade, ou seja, pelo fornecimento de electricidade a todos os clientes domésticos e eventualmente também às pequenas empresas, a preços razoáveis e não discriminatórios, em todo o território.

Há, desde logo, no entanto, que assinalar que o conceito de serviço universal utilizado nas Directivas sobre o mercado interno de electricidade não tem completa correspondência com o conceito clássico de serviço universal que tem no “território” o seu elemento fundamental.

⁽¹²⁵⁴⁾ Cfr. Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral (COM (2004) 374 final, de 12 de Maio), p. 8.

⁽¹²⁵⁵⁾ Cfr. art. 3.º, n.º 3 da Directiva 2003/54/CE e art. 3.º, n.º 3 da Directiva 2009/72/CE.

⁽¹²⁵⁶⁾ Cfr. Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março (Directiva Serviço Universal), alterada pela Directiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro.

⁽¹²⁵⁷⁾ Cfr. art. 3.º da Directiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, com a redacção dada pela Directiva 2008/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Fevereiro, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço.

Com efeito, na sua formulação tradicional, o conceito de serviço universal pretende salvaguardar aquelas situações em que os operadores de mercado escolhem os seus clientes (o que na teoria económica ficou conhecido como “cherry picking”) em função da sua localização, privilegiando os fornecimentos em grandes centros urbanos, em detrimento das zonas rurais e afastadas do território (menos rentáveis). Como bem sintetiza um Autor espanhol, *“(p)erante esta realidade, ou se impõe às empresas a obrigação de prestar os seus serviços em todo o território, aos mesmos preços (pondo-se em causa a liberdade da empresa) ou então deixa-se-lhes liberdade, mas impõe-se uma obrigação de serviço universal a um ou vários operadores, financiada por todos os que concorrem no mercado em causa ou financiada por qualquer outra forma (e então a liberdade de empresa não compromete a igualdade dos cidadãos)”* ⁽¹²⁵⁸⁾. Nisto consiste o conceito clássico de serviço universal.

O conceito de serviço universal previsto nas Directivas da electricidade assenta, porém, sobretudo num elemento “pessoal” (que consiste em saber quem são os beneficiários da obrigação de acesso universal) e não no elemento “territorial”, o que, de certa forma, parece contrariar a própria essência da figura que é a de evitar discriminações entre diferentes consumidores.

Em relação ao sector do gás natural, conforme referimos, as Directivas comunitárias não fazem qualquer referência à existência de um serviço universal, embora prevejam que os Estados-Membros podem designar um comercializador de último recurso para os clientes ligados à rede de gás. As Directivas limitam-se, assim, a prever, em termos gerais, que os Estados-Membros devem adoptar medidas adequadas para garantir a protecção dos clientes finais e, em especial, garantir a existência de salvaguardas para proteger os clientes vulneráveis ⁽¹²⁵⁹⁾.

Ao transpor as Directivas comunitárias sobre o mercado interno de energia, o legislador nacional, particularmente o legislador de 2006, recorreu também a estes conceitos, mas deu-lhes um sentido e uma utilização que, porventura, não estavam no espírito do legislador comunitário – embora, em nossa opinião, o próprio legislador comunitário tenha revelado alguma incoerência na utilização dos referidos conceitos de serviço universal e de comercializador de último recurso.

Deste modo, criou-se a figura do comercializador de último recurso, quer no sector eléctrico, quer no sector do gás natural, tendo o mesmo ficado obrigado a

⁽¹²⁵⁸⁾ TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, Revista de Administración Pública, volume 181, enero-abril 2010, p. 72.

⁽¹²⁵⁹⁾ Cfr. art. 3.º, n.º 3 da Directiva 2009/73/CE.

fornecer electricidade/gás natural a quem lho requisitasse. A isto se designou “obrigações de serviço universal” ou “prestação universal do fornecimento”.

O comercializador de último recurso assumia, no entanto, fundamentalmente o papel de garante do fornecimento de electricidade/gás natural aos consumidores que, por opção ou por não reunirem as condições de elegibilidade, não fossem abastecidos por um comercializador em regime de mercado, cobrando, em troca, as tarifas fixadas pela ERSE (tarifas reguladas de venda de energia).

Em qualquer um destes sectores, tratava-se de uma entidade que, pelo menos de acordo com o seu formato inicial, deveria actuar apenas enquanto o mercado liberalizado não estivesse a funcionar plenamente, em condições de assegurar a todos os consumidores o fornecimento de energia segundo as suas necessidades ⁽¹²⁶⁰⁾.

No sector do gás natural foi-se, porém, ainda mais longe e fez-se uma distinção entre comercializadores de último recurso grossistas ⁽¹²⁶¹⁾ e comercializadores de último recurso retalhistas ⁽¹²⁶²⁾.

A criação da figura do comercializador de último recurso grossista estava longe, porém, de funcionar como uma medida destinada a proteger os clientes finais (ou seja, os clientes que comprem gás natural para consumo próprio), conforme previsto na Directiva 2003/55/CE. Com efeito, a *ratio* da sua criação era, antes, proteger o anterior incumbente.

Deste modo, *“(...) para protecção do anterior incumbente – a quem se exigiu, em virtude da liberalização do sector, que abrisse mão de um conjunto de infra-estruturas e dos seus próprios clientes à medida que o mercado se fosse abrindo – e como forma de não comprometer a rentabilidade dos investimentos realizados, foi decidido criar transitoriamente (até 2028) um comercializador de último recurso grossista fazendo-o corresponder ao anterior incumbente e mantendo nele os contratos de fornecimento em vigor com as concessionárias de distribuição regional e titulares de licenças locais,*

⁽¹²⁶⁰⁾ A transitoriedade desta actividade levou inclusivamente a que as funções do comercializador de último recurso tivessem sido atribuídas, provisoriamente, aos distribuidores de electricidade e às concessionárias e licenciadas de distribuição regional de gás natural, sem qualquer concurso prévio.

⁽¹²⁶¹⁾ Cfr. art. 42.º, n.º 1 e art. 66.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na sua versão original, que atribuiu a uma sociedade detida pela Transgás em regime de domínio total (que veio a ser a Transgás, SA) uma *“licença de último recurso de todos os clientes que consumam anualmente quantidades de gás natural iguais ou superiores a 2 milhões de metros cúbicos normais, excluindo os produtores de electricidade em regime ordinário”*.

⁽¹²⁶²⁾ Entidades que estavam obrigadas a assegurar o fornecimento de gás natural a todos os consumidores com consumo anual inferior a 2 milhões de metros cúbicos normais ligados à rede que, por não reunirem as condições de elegibilidade ou por opção, ainda não tivessem celebrado um contrato com um comercializador no mercado liberalizado.

bem como os contratos com os clientes com consumos anuais iguais ou superiores a 2 milhões de metros cúbicos normais” ⁽¹²⁶³⁾.

Esta figura foi, entretanto, retomada, com o Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro que alterou o Decreto-Lei n.º 140/2006. Com efeito, de acordo com aquele diploma considera-se comercializador de último recurso grossista aquele que exerce a atividade de aquisição de gás natural ao comercializador do SNGN para fornecimento aos comercializadores de último recurso retalhistas ⁽¹²⁶⁴⁾.

Da análise deste quadro legal, podemos então concluir que a legislação nacional não prevê a existência de um verdadeiro e próprio serviço universal no sector da energia.

Com efeito, verifica-se nesta matéria, em nossa opinião, uma clara confusão entre os objectivos do serviço universal (garantir que nenhum consumidor fica sem abastecimento de electricidade ou de gás natural, independentemente da sua situação geográfica ou das suas condições económicas) e os mecanismos de transição para um mercado liberalizado, bem visível, de resto, quer no próprio desenho inicial da figura do comercializador de último recurso, quer nas funções que lhe foram atribuídas entre nós, nos sectores da electricidade e do gás natural.

Efectivamente, o comercializador de último recurso surge inicialmente na nossa lei como uma figura “transitória”, destinada apenas a garantir que nenhum consumidor ficaria privado do fornecimento de energia durante o período de transição para a completa abertura dos mercados. Deste modo, com o avançar do processo de abertura dos mercados de electricidade e de gás natural e com a eliminação das tarifas reguladas de venda de energia, o objecto da actividade do comercializador de último recurso foi sendo também progressivamente reduzido ⁽¹²⁶⁵⁾.

Neste sentido, e na sequência do processo de extinção das tarifas reguladas completado pelo Decreto-Lei n.º 74/2012 (gás natural) e pelo Decreto-Lei n.º 75/2012 (electricidade), ambos de 26 de Março, *“a prestação de serviço público universal (passou a vigorar apenas) enquanto forem aplicáveis as tarifas reguladas ou as tarifas transitórias legalmente previstas, ficando, após a extinção destas, resumida ao*

⁽¹²⁶³⁾ RUI PENA *et al.*, *Legislação do Sector Energético. Volume I – Legislação do Gás Natural. Bases Gerais Comentadas*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 231 (anotação ao art. 37.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro).

⁽¹²⁶⁴⁾ Cfr. art. 40.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 140/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

⁽¹²⁶⁵⁾ Assim, através do Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro, o comercializador de último recurso no sector da electricidade passou a ficar apenas obrigado a abastecer os clientes com fornecimentos ou entregas em baixa tensão com potência contratada até 41,4 kW que o solicitassem. No sector do gás natural, o Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de Junho, veio limitar a actividade do comercializador de último recurso apenas à obrigação de fornecimento de todos os clientes com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m³, que o solicitassem.

fornecimento para a satisfação das necessidades dos clientes finais economicamente vulneráveis”.

A verdade, porém, é que o serviço universal não é, nem deve ser, transitório, nem deve, em nossa opinião, limitar-se apenas a salvaguardar a satisfação das necessidades dos clientes finais economicamente vulneráveis ⁽¹²⁶⁶⁾.

Existe aqui, em nossa opinião, uma vez mais, uma manifesta confusão entre conceitos e mecanismos distintos.

Desde logo, confunde-se a previsão de um serviço universal ⁽¹²⁶⁷⁾ com a manutenção de tarifas reguladas de venda de energia.

Ora, embora um dos elementos do conceito de serviço universal seja a existência de preços razoáveis e acessíveis, isso não significa que os preços praticados pelo(s) operadores encarregues da prestação do serviço universal tenham de ser necessariamente inferiores aos preços de mercado. Com efeito, a pretexto de estarmos perante um serviço universal, as tarifas reguladas de venda de energia praticadas pelos comercializadores de último recurso acabaram por funcionar, no nosso país, como um factor perturbador do funcionamento do próprio mercado, afastando do mesmo novos comercializadores incapazes de competir com os valores destas tarifas, que se têm situado abaixo dos preços do mercado (agravando, assim, também o problema do défice tarifário).

Retomando o conceito clássico de serviço universal, está aqui em causa apenas, no entanto, uma preocupação em garantir que não existem diferenças significativas de preços entre umas zonas do território e outras, pelo que nada impede que continue a existir serviço universal (com preços fixados administrativamente, mas de forma razoável), após a extinção das tarifas reguladas de venda de energia.

Por outro lado, nada impede também e as Directivas até incentivam, os Estados de adoptar mecanismos que protejam os consumidores economicamente mais vulneráveis. Será o caso, por exemplo, de medidas como a implementação de tarifas

⁽¹²⁶⁶⁾ E que de acordo com o nosso legislador são as pessoas singulares que se encontrem em situação de carência sócio-económica e que, tendo o direito de acesso ao serviço essencial de fornecimento de energia eléctrica e/ou de gás natural, devem ser protegidas, nomeadamente no que respeita a preços (cfr. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de Dezembro (diploma que aprova a tarifa social de fornecimento de energia eléctrica) e art. 2.º do Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de Setembro (diploma que aprova a tarifa social de fornecimento de gás natural)).

⁽¹²⁶⁷⁾ Parece-nos de criticar o conceito de “*serviço público universal*” referido no art. 46.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro. Com efeito, o vocábulo “público” é, quanto a nós, claramente dispensável num contexto em que a noção de serviço público tem sido objecto de profunda reformulação, mantendo-se hoje apenas o seu elemento material ou objectivo (satisfação de necessidades colectivas). Deste modo, o conceito “*serviço público universal*” torna-se tautológico e pouco útil.

sociais de fornecimento de energia ⁽¹²⁶⁸⁾ e da criação de um apoio social extraordinário ao consumidor de energia ⁽¹²⁶⁹⁾, como foi feito recentemente entre nós.

O serviço universal não deve ser, porém, tratado como um mecanismo deste género, ou antes, como um mecanismo apenas destinado, como resulta da nossa actual legislação, a proteger os consumidores mais vulneráveis (extintas as tarifas reguladas e as tarifas transitórias de venda de energia).

A previsão de existência de um serviço universal deve ser, portanto, independente da adopção de medidas de protecção dos clientes vulneráveis, embora naturalmente a existência de um serviço universal também acabe por beneficiar estes clientes.

Entretanto, e na sequência da revisão recente dos diplomas que estabeleceram o quadro jurídico do sector da electricidade, bem como do sector do gás natural, o modelo de comercializador de último recurso previsto na nossa lei sofreu algumas alterações.

Com efeito, apesar de se manter o dever de o comercializador de último recurso prestar o serviço público de fornecimento de electricidade ou de gás natural, consoante o caso, enquanto forem aplicáveis as tarifas reguladas ou as tarifas transitórias legalmente previstas, ficando, após a extinção destas, obrigado, fundamentalmente, ao fornecimento para a satisfação das necessidades dos clientes finais economicamente vulneráveis, alargou-se o seu âmbito de actividade.

Deste modo, o comercializador de último recurso passa agora também a ser responsável por fornecer electricidade/gás natural aos clientes cujo comercializador tenha ficado impedido de exercer a actividade de comercializador de electricidade/gás natural ou em locais onde não exista oferta de comercializadores em regime de mercado ⁽¹²⁷⁰⁾.

A lei não distingue entre tipos de consumidores, pelo que se deve entender que todos se encontram abrangidos. Por outro lado, também não se identifica em concreto quais são as situações que podem configurar um “impedimento” da parte do comercializador “substituído”, pelo que deve entender-se que serão todas aquelas em

⁽¹²⁶⁸⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 138-A/2010 (tarifa social de fornecimento de energia eléctrica) e Decreto-Lei n.º 101/2011 (tarifa social de fornecimento de gás natural).

⁽¹²⁶⁹⁾ Este apoio destina-se às pessoas singulares que se encontrem em situação de beneficiar do regime da tarifa social de electricidade ou de gás natural, as quais podem cumular a tarifa social com um desconto ao preço do fornecimento de energia eléctrica e de gás natural (cfr. Decreto-Lei n.º 102/2011, de 30 de Setembro).

⁽¹²⁷⁰⁾ Cfr. art. 46.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 29/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e art. 53.º, n.º 3, 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 172/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012 (electricidade) e art. 40.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro e art. 41.º, n.º 3, 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

que o mesmo não possa cumprir as suas obrigações, desde logo em caso de caducidade ou de revogação do seu registo. Podem levantar-se, no entanto, algumas dúvidas, nomeadamente saber se uma situação em que o comercializador tenha ficado temporariamente impedido de fornecer os seus clientes (por exemplo, por mau planeamento das suas compras e vendas) também configura um caso em que se poderá recorrer ao comercializador de último recurso.

Por outro lado, nada se dispõe também, e a nosso ver mal, sobre a necessidade de existência de um período intermédio em que o comercializador deverá tentar outras soluções de fornecimento dos seus clientes, só intervindo o comercializador de último recurso no caso de as mesmas se revelarem impossíveis ou insatisfatórias, ficando essa análise a cargo da entidade reguladora que deveria, em qualquer caso, controlar todo o processo de “substituição”.

Finalmente, a nova legislação é também omissa sobre o que acontece findo o período de dois meses de que os clientes do comercializador impedido dispõem para encontrar um novo comercializador. Com efeito, a lei limita-se a prever a situação em que decorrido esse período, se verifique uma ausência de alternativa de comercializadores registados ⁽¹²⁷¹⁾, mas nada diz sobre os casos em que o consumidor ainda não escolheu um novo comercializador. Não é, no entanto, difícil prever, dado o perfil passivo da maior parte dos consumidores (sobretudo domésticos), a ocorrência de situações deste tipo, pelo que o legislador deveria ter antecipado as mesmas prevendo, designadamente, a aplicação de um factor de agravamento ao preço praticado pelo comercializador de último recurso de forma a obrigar o consumidor a regressar ao mercado. Esta medida, ou outra de efeito equivalente, justificam-se, em nossa opinião, a partir do momento em que se assume que o comercializador de último recurso passa a funcionar apenas e só como substituto do anterior comercializador, num período pré-determinado.

Deste modo, de acordo com a nossa análise, continua a vigorar entre nós um modelo “semi-paternalista” de serviço universal, o qual está ainda longe, no entanto, de corresponder a um verdadeiro serviço universal.

Com efeito, chamar-se serviço universal à obrigação de fornecimento que impende sobre os comercializadores de último recurso em relação àqueles consumidores que, por inércia ou por qualquer outra razão, ainda não mudaram para o mercado livre ou que são consumidores vulneráveis, resulta quanto a nós claramente excessivo.

⁽¹²⁷¹⁾ Cfr. art. 53.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 172/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012 e art. 41.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 140/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

Deste modo, de acordo com o modelo que propomos (em termos de Direito a constituir) e que se inspira na experiência de outros ordenamentos jurídicos ⁽¹²⁷²⁾, o serviço universal deveria consistir apenas em garantir o fornecimento de todos os consumidores, sem distinção, nas situações em que o mercado, entregue à sua própria dinâmica, não funciona correctamente, seja porque não existe um comercializador naquela parte do território, seja porque o comercializador que assegurava o fornecimento deixou, entretanto, de o poder fazer, por exemplo, por ter entrado em processo de falência ou por ter sido revogado o seu registo ou a sua licença.

Trata-se, em qualquer caso, sempre de um serviço supletivo ou de substituição (aliás, a própria designação de “comercializador de último recurso” sugere isso mesmo), isto é, que apenas funciona em casos comprovados de falha do mercado e em que não tenha sido possível encontrar uma outra solução (nomeadamente em que o comercializador em incumprimento não tenha conseguido transmitir a sua carteira de clientes para outro ou outros comercializadores).

Deste modo, dada a excepcionalidade da situação, o fornecimento em causa deverá ser sempre transitório até o consumidor encontrar um novo comercializador.

O preço deste fornecimento deverá ser fixado administrativamente para garantir que o mesmo é razoável, acessível e não discriminatório. Isto não é o mesmo que dizer, como referimos acima, que as tarifas do serviço universal devem ser inferiores ao preço de mercado, mas apenas que as mesmas devem ser “ajustadas aos preços de mercado” garantindo, em última análise, que nenhum consumidor fica privado do respectivo fornecimento de energia (que o mesmo é dizer seja discriminado) por causa, designadamente, da distância do seu posto de consumo.

Em relação aos operadores do serviço universal, podemos ter um modelo singular (em que apenas é designado um operador) ou um modelo plural (em que são designados vários operadores). Os comercializadores de último recurso poderão ser, no entanto, comercializadores ordinários a quem, temporariamente e verificadas determinadas condições, é atribuída a função de assegurar o fornecimento de último recurso ou poderão ser comercializadores especialmente designados apenas para desempenharem essas funções.

Quer num caso, quer no outro, o procedimento de designação do comercializador de último recurso deve garantir, no entanto, sempre a existência de

⁽¹²⁷²⁾ Cfr., nomeadamente os modelos holandês e inglês descritos por SANDER SIMONETTI, “Two models of last resort supply in the liberalized European Energy Market”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 24, 2006, pp. 559 e segs..

condições de transparência e de salvaguarda da concorrência e de não discriminação entre operadores candidatos.

Cabe ao Estado, enquanto regulador, velar pelo respeito destas condições não só durante o procedimento de escolha ou de designação do comercializador de último recurso, mas também durante o exercício da própria actividade pelo comercializador designado.

Com efeito, é preciso não esquecer que estamos perante uma técnica de liberalização que funciona como último bastião das preocupações de regularidade, continuidade e qualidade inerentes ao conceito tradicional de serviço público.

A regulação pública da actividade dos operadores do serviço universal funciona, assim, como um “substituto” da prestação directa (ou indirecta) do serviço através de entidades públicas.

2.2.4.3. O direito de acesso de terceiros às redes

Uma questão que se coloca com especial acuidade na regulação das indústrias de rede é a do acesso, por parte de terceiros, às infra-estruturas em rede (infra-estruturas físicas que suportam a prestação do serviço, permitindo a interconexão de produtores, comercializadores e consumidores) ⁽¹²⁷³⁾.

Em causa estão, regra geral, bens que constituem monopólios naturais (ou seja, bens que considerando os elevados investimentos necessários para a sua construção não podem ser duplicados em condições economicamente eficientes), o que dificulta, desde logo, e pela própria natureza dos bens, o acesso de outros operadores (produtores e comercializadores) e de alguns clientes, que não têm redes próprias, a essas mesmas infra-estruturas.

Esta situação é especialmente delicada naquelas situações em que o proprietário da infra-estrutura é simultaneamente também o seu gestor e pertence a uma empresa verticalmente integrada, uma vez que existe, neste caso, o risco acrescido de ocorrer um tratamento preferencial dos restantes segmentos do grupo (produção e/ou comercialização) em relação aos seus mais directos concorrentes.

⁽¹²⁷³⁾ E que são, no sector eléctrico, o conjunto das instalações destinadas ao transporte e distribuição de electricidade que integram a Rede Nacional de Transporte, a Rede Nacional de Distribuição e as redes de distribuição de electricidade em baixa tensão (cfr. art. 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro) e, no sector do gás natural, o conjunto das infra-estruturas destinadas à recepção, ao armazenamento, ao transporte e à distribuição de gás natural que integram as concessões da Rede Nacional de Transporte e de Infra-Estruturas de Armazenamento e Terminais de GNL e as concessões e licenças das redes de distribuição de gás natural de serviço público (cfr. art. 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro).

Com efeito, nesta hipótese, e na ausência de uma regulação eficaz, o operador da rede de transporte, bem como o operador da rede de distribuição podem valer-se da sua situação de monopolistas para reservar capacidade na rede ou, simplesmente, para cobrarem tarifas de acesso mais baixas aos sectores do mesmo grupo económico responsáveis pela produção de electricidade e/ou pela comercialização de electricidade ou de gás natural.

Neste contexto, torna-se necessário encontrar um mecanismo regulatório que, para além das regras sobre separação de actividades, garanta igualmente o acesso de terceiros àquelas infra-estruturas em condições de perfeita igualdade e de transparência.

Este é, por conseguinte, um ponto nevrálgico da regulação dos sectores em rede e, por esse motivo, também da regulação dos sectores da electricidade e do gás natural, uma vez que dele depende, em última análise, a existência de concorrência, já que sem o acesso às redes, nem produtores, nem comercializadores de energia podem desempenhar as suas actividades que, ao contrário do transporte e da distribuição, são competitivas.

Uma solução possível poderia passar pela invocação do regime da dominialidade, de acordo com o qual a todos é garantido o acesso a bens do domínio público ⁽¹²⁷⁴⁾, excepção feita, claro está, aos casos em que exista um uso privativo desses bens. A aplicação deste regime pressuporia, no entanto, que as redes fossem consideradas bens do domínio público.

Em relação ao sector energético (electricidade e gás natural), as redes, bem como as demais infra-estruturas, apesar de terem utilidade pública ⁽¹²⁷⁵⁾, não podem ser, porém, consideradas bens do domínio público ⁽¹²⁷⁶⁾.

Com efeito, trata-se de bens privados (propriedade privada) que se encontram sujeitos, face à sua especial natureza de infra-estruturas que suportam o desempenho de uma actividade que se destina a satisfazer necessidades colectivas, apenas a um regime de utilidade pública. Este regime, que não se confunde com o regime jurídico da dominialidade, tem como traços fundamentais a obrigatoriedade de facultar o

⁽¹²⁷⁴⁾ Ainda que indirectamente, uma vez que neste caso seria sempre necessária a actividade do operador das redes e das infra-estruturas para permitir a sua utilização.

⁽¹²⁷⁵⁾ Cfr. art. 12.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012 (electricidade) e art. 12.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012 (gás natural).

⁽¹²⁷⁶⁾ Esta é hoje, de resto, a opinião maioritária da nossa doutrina, cfr. RUI MACHETE, “O domínio público e a rede eléctrica nacional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, pp. 1399-1400; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 248 e segs.; PEDRO GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico”, *op. cit.*, p. 202.

acesso de terceiros às referidas infra-estruturas, a proibição da sua oneração e/ou transmissão sem a existência de uma prévia autorização da entidade pública competente e a sua reversão para o Estado extinta a concessão ou a licença que titula a sua utilização.

Deste modo, estando em causa bens privados e não bens dominiais, a solução jurídica passa antes pelo reconhecimento de um direito geral de acesso e de uso, pela parte de terceiros, às redes.

Assim, e ainda que a gestão técnica e económica do sistema, o transporte e a distribuição sejam exercidas em regime de monopólio, “(...) *introduz-se um factor de liberalização mediante a generalização do acesso de terceiros às redes, não garantindo a propriedade das mesmas o seu uso exclusivo*” ⁽¹²⁷⁷⁾. A contrapartida deste direito de acesso assenta no pagamento de tarifas de acesso (que podem ser negociadas entre as partes ou fixadas administrativamente pelo regulador), as quais não devem, no entanto, discriminar entre categorias de utilizadores, pois só assim se poderá garantir o acesso em condições de igualdade para todos os interessados.

Ao direito de acesso corresponde, portanto, uma obrigação do(s) proprietário(s) da rede de permitir a sua utilização por terceiros, em condições economicamente aceitáveis, na medida em que não exista outra forma de aceder ao mercado, senão através do intermediário da rede ⁽¹²⁷⁸⁾.

Esta técnica de liberalização, que concilia interesses tão distintos como os dos proprietários das redes, dos seus utilizadores e ainda os interesses dos consumidores, não constitui propriamente uma novidade em termos de institutos jurídicos.

Com efeito, este mecanismo apresenta semelhanças com o instituto da servidão administrativa, bem conhecido da doutrina jus-publicística, que configura uma limitação imposta a um imóvel em benefício de uma coisa (que não tem de ser necessariamente um prédio ⁽¹²⁷⁹⁾) que desempenha uma função de interesse público.

Porém, enquanto na figura da servidão administrativa há uma relação objectiva entre coisas, esta não se verifica no direito de acesso de terceiros às redes, já que neste caso é o conteúdo do próprio direito de propriedade que é limitado por razões de interesse público. Pronunciando-se a este propósito, TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO sublinha, com acerto, que no caso do direito de acesso de terceiros não está em causa a passagem inocente por um prédio alheio – que não impede o

⁽¹²⁷⁷⁾ SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes (Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, op. cit., pp. 296-297.

⁽¹²⁷⁸⁾ LAURENT RICHER, “Droit d’ accès et service public”, *L’Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2006 (2), p. 74.

⁽¹²⁷⁹⁾ Cfr. JOSÉ OSVALDO GOMES, *Expropriações por Utilidade Pública*, Texto Editora, Lisboa, 1997, p. 70.

proprietário de gozar, a título principal, da coisa -, mas sim o facto de o beneficiário do direito de uso disfrutar, praticamente nos mesmos termos e com a mesma intensidade, da propriedade tal qual o seu proprietário (¹²⁸⁰).

Alguns Autores falam por isso numa separação entre a propriedade e o uso, da qual derivaria uma nova figura jurídica: a propriedade privada de interesse geral (¹²⁸¹). Independentemente da sua qualificação jurídica, não restam, no entanto, dúvidas de que estamos perante uma efectiva limitação do conteúdo do direito de propriedade do titular da rede, a qual se explica pelo facto de em causa estar uma infra-estrutura essencial para permitir a satisfação de necessidades colectivas, pelo que o proprietário é obrigado a sujeitar-se à sua utilização por terceiros em termos muito semelhantes aos que resultam da utilização por si próprio.

O acesso às infra-estruturas de transporte, bem como de distribuição de energia é, aliás, não só essencial de forma a permitir o fornecimento de electricidade e de gás natural às populações, como verdadeiramente determinante uma vez que se trata (na generalidade das situações) de bens que são monopólios naturais.

De que forma funciona, no entanto, este mecanismo regulatório? É o que analisamos no capítulo seguinte a propósito da sua relação com a doutrina das infra-estruturas essenciais.

2.2.4.3.1. Relação com a doutrina das infra-estruturas essenciais

A questão do acesso às infra-estruturas de energia pode ser analisada, a montante, do ponto de vista da regulação (garantia do acesso) ou, a jusante, do ponto de vista do Direito da Concorrência (recusa de acesso). Nem sempre é fácil, no entanto, saber quando estamos perante uma situação ou outra.

Com efeito, em ambos os casos do que se trata é de promover a concorrência através da disponibilização das redes a outros utilizadores que não apenas os seus proprietários. Mas, enquanto da perspectiva da regulação, se trata de assegurar (*ex-ante*) que os terceiros têm, efectivamente, acesso às redes, já na perspectiva do Direito da Concorrência o que está em causa é punir (*ex-post*) as “recusas de acesso” ilegítimas (ligadas a abusos de posição dominante) praticadas em ambiente concorrencial.

(¹²⁸⁰) Cfr. TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Prólogo à obra de JORGE FABRA UTRAY, *Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*, op. cit., p. 48.

(¹²⁸¹) RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, op. cit., p. 111.

Neste sentido, e no âmbito do Direito da Concorrência, desenvolveu-se nos Estados Unidos da América uma doutrina jurisprudencial, conhecida como a “doutrina das infra-estruturas essenciais”, que visa precisamente obrigar o monopolista a conceder o acesso a uma infra-estrutura, quando a mesma tenha natureza de infra-estrutura essencial ⁽¹²⁸²⁾.

São pressupostos de aplicação da doutrina das infra-estruturas essenciais, (i) o controlo de uma “essential facility” por um monopolista; (ii) uma impossibilidade (razoável) do concorrente duplicar essa infra-estrutura; (iii) que a recusa de acesso/uso da infra-estrutura seja efectuada a um concorrente e, finalmente, (iv) que haja a possibilidade de o monopolista proporcionar esse acesso ⁽¹²⁸³⁾.

Visa-se impedir, desta forma, que o detentor deste segmento essencial possa “(...) *facilmente estender a sua área de domínio, que se situa originariamente num estrato naturalmente não-concorrencial do mercado, para outros segmentos onde a concorrência pode ser potencialmente desenvolvida*” ⁽¹²⁸⁴⁾.

Esta doutrina encontra-se também prevista na nossa Lei da Concorrência ⁽¹²⁸⁵⁾.

A aplicação da doutrina das infra-estruturas essenciais só faz, no entanto, sentido quando não exista regulação *ex ante* a dispor sobre o acesso de terceiros às redes e infra-estruturas. Não é, porém, o caso do sector da energia. Com efeito, existe neste sector uma regulação bastante exigente em matéria de acesso de terceiros às redes e infra-estruturas energéticas.

Deste modo, perante um sistema de infra-estruturas privadas, como é o nosso, cabe ao Estado assegurar, “*de fora do mercado*”, os direitos de uso das redes por terceiros para a prestação dos serviços finais ⁽¹²⁸⁶⁾.

⁽¹²⁸²⁾ De acordo com MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e JORGE ALMEIDA entende-se por infra-estrutura essencial “*uma situação de monopólio económico de facto ou de exclusividade legalmente protegida que permite o controlo de factores, não facilmente reprodutíveis, essenciais para o fabrico de um produto ou fornecimento de um serviço*” (“A questão das infra-estruturas essenciais”, in AAVV, *Concorrência. Estudos*, ANTÓNIO GOUCHA SOARES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (coordenação), Almedina, Coimbra, 2006, p. 46).

⁽¹²⁸³⁾ Sobre a doutrina das infra-estruturas essenciais vejam-se, entre muitos outros, FRANK A. EDGAR, *The Essential facilities doctrine and public utilities*, Idaho Law Review, volume 29, 1992/1993, pp. 283 e segs., DANIEL SPULBER/ CHRISTOPHER YOO, “Mandating Access to telecom and the internet: the hidden side of Trinko”, Columbia Law Review, volume 107 (8), 2007, pp. 1822 e segs..

⁽¹²⁸⁴⁾ CARLOS LOBO, *Sectores em rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, op. cit., p. 341.

⁽¹²⁸⁵⁾ Cfr. art. 11.º, n.º 2, al. e) da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio que aprova o novo Regime Jurídico da Concorrência, nos termos do qual pode ser abusivo “*recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade*”.

O Estado (actuando, sobretudo, através de autoridades reguladoras independentes) surge, assim, como um árbitro neutro e imparcial a disciplinar as condições de uso daquelas infra-estruturas.

Ora, como escreve MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, o Direito da Concorrência não tem uma finalidade regulatória, ou seja, não tem por objecto configurar ou determinar as regras de jogo do mercado, mas apenas assegurar que, uma vez sendo estas fixadas pelas autoridades reguladoras, a concorrência não será falseada mediante condutas anti-competitivas ⁽¹²⁸⁷⁾. Por outro lado, o papel regulatório do Estado tem também uma dupla vertente que o Direito da Concorrência, só por si, não consegue garantir: de um lado, proteger os utilizadores das infra-estruturas dos eventuais abusos resultantes do facto de estarmos perante monopólios naturais e, simultaneamente, promover a abertura do mercado e a introdução da concorrência, protegendo desta forma os interesses dos consumidores.

É, portanto, neste contexto, que devem ser analisados os diversos instrumentos regulatórios sectoriais que corporizam o referido direito de acesso de terceiros às redes.

Assim, a obrigação de facultar o acesso a terceiros é imposta, desde logo, por lei, aos titulares das actividades de transporte e distribuição de electricidade e de gás natural, mas também de armazenamento de gás natural e de terminal de GNL, constando dos títulos habilitadores do exercício das referidas actividades. Compete, deste modo, a estes operadores assegurar o planeamento, a construção e a gestão técnica das redes de forma a permitir o acesso de terceiros, garantir a não discriminação entre utilizadores ou categorias de utilizadores das infra-estruturas e facultar-lhes as informações de que estes necessitam para o acesso às referidas infra-estruturas ⁽¹²⁸⁸⁾.

Em relação ao último ponto, sublinhe-se que a informação que deve ser prestada pelos operadores das infra-estruturas é regulada pela ERSE ⁽¹²⁸⁹⁾.

Por outro lado, as relações entre as partes (proprietários das redes e seus utilizadores) são também objecto de regulação, nomeadamente através da celebração

⁽¹²⁸⁶⁾ RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, op. cit., p. 112.

⁽¹²⁸⁷⁾ MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, “La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia”, in AAVV, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, JAVIER GUILLÉN CARAMÉS (Director), Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 90-91.

⁽¹²⁸⁸⁾ Cfr. artigos 24.º, n.º 2, alíneas e), g) e h), 28.º e 35.º, n.º 2, alíneas e), f) e g) do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro (electricidade); artigos 13.º, n.º 5, al. e), 15.º, alíneas d), f), g), 17.º, alíneas c) e d) e 19.º, al. c) do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

⁽¹²⁸⁹⁾ Cfr. Regulamentos de Acesso às Redes e às Infra-Estruturas.

de contratos de uso das infra-estruturas que seguem um modelo de cláusulas gerais previamente aprovado pela ERSE.

A ERSE não se limita, no entanto, apenas a aprovar os termos e as condições dos contratos de uso das infra-estruturas e a regular as relações técnicas e comerciais entre as partes, aprovando igualmente as tarifas de acesso às infra-estruturas. Procura-se, desta forma, obviar a eventuais abusos da parte dos proprietários das infra-estruturas que poderiam prevalecer-se da sua situação de monopólio para cobrarem tarifas excessivas ou discriminatórias entre os utilizadores. As tarifas, bem como a sua metodologia, são assim previamente aprovadas pela ERSE, sendo publicadas.

Note-se que houve, nesta parte, uma evolução da parte do legislador comunitário que nas primeiras directivas comunitárias ainda abria a possibilidade de os Estados-Membros optarem entre um modelo do acesso negociado e um modelo regulado de tarifas de acesso ⁽¹²⁹⁰⁾, mas que na segunda geração de Directivas comunitárias, em 2003, já veio impor a adopção do modelo regulado, solução que as Directivas de 2009 mantiveram ⁽¹²⁹¹⁾.

Finalmente, a metodologia dos estudos para a determinação da capacidade das infra-estruturas, bem como a escolha dos mecanismos de gestão de congestionamentos no acesso às redes são também aprovados pela ERSE ⁽¹²⁹²⁾. Trata-se de dois aspectos fundamentais para que se verifique, na prática, um acesso verdadeiramente não discriminatório às infra-estruturas energéticas.

A intervenção regulatória da ERSE é ainda complementada pelo exercício de poderes sancionatórios.

Deste modo, de acordo com a Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, constituem contraordenações muito graves a violação do dever de não discriminação ou de igualdade de tratamento entre os utilizadores ou categorias de utilizadores do SEN e do SNGN, a cobrança de valores acima das tarifas reguladas, fixadas pela ERSE, pelos operadores das infra-estruturas, a terceiros que a elas acedam e ainda a violação do princípio da não discriminação e da transparência por parte das entidades

⁽¹²⁹⁰⁾ Cfr. art. 17.º da Directiva 96/92/CE e artigos 15.º e 16.º da Directiva 98/30/CE. O modelo de acesso negociado apenas foi adoptado pela Alemanha que, no entanto, em 2005, viria a mudar para o modelo de acesso regulado, considerando os maus resultados retirados da aplicação do primeiro modelo – sobre as críticas ao modelo comercial de tarifas de acesso, cfr. GERT BRUNEKREEFT, “Regulation and Third-Party Discrimination in the German Electricity Supply Industry”, *European Journal of Law and Economics*, volume 13 (3), 2002, pp. 203 e segs..

⁽¹²⁹¹⁾ Cfr. art. 32.º, n.º 1 da Directiva 2009/72/CE e art. 32.º, n.º 1 da Directiva 2009/73/CE. Permite-se, no entanto, no sector do gás natural, a possibilidade de haver acesso negociado em relação às infra-estruturas de armazenamento (cfr. art. 33.º da Directiva 2009/73/CE), o que representa uma forma de neoregulação.

⁽¹²⁹²⁾ Cfr. Regulamentos de Acesso às Redes e às Infra-Estruturas.

concessionárias ou licenciadas no que diz respeito ao acesso de terceiros às redes e às interligações. Por sua vez, constitui contraordenação grave a falta de prestação aos utilizadores, pelos operadores das redes, das informações que sejam necessárias para o acesso à rede.

Todos estes mecanismos fazem parte da regulação do sector energético, tornando, em nossa opinião, desnecessária, a aplicação, no domínio do acesso às redes, do Direito da Concorrência.

Com efeito, a regulação tende a diminuir os riscos de ocorrência de situações de recusa de acesso ilegítimas que, noutro contexto, poderiam dar lugar à intervenção directa do Direito da Concorrência. Como refere LAGUNA DE PAZ, *“quando a regulação sectorial protege os mesmos bens jurídicos que são especificamente cobertos pelas normas gerais de defesa da concorrência, esta apresenta-se como uma alternativa àquelas”*, sendo a consequência *“que a regulação sectorial – pela sua especificidade – dispensa a aplicação das normas gerais de defesa da concorrência”* ⁽¹²⁹³⁾. A doutrina refere-se, a este propósito, a um princípio da especialidade, de acordo com o qual o Direito da Regulação (lei especial) prevalece sobre o Direito da Concorrência (lei geral) e ao qual já nos referimos acima, na Parte II, quando tratámos da matéria relativa ao conflito de competências entre autoridades reguladoras sectoriais e a autoridade da concorrência ⁽¹²⁹⁴⁾.

A nossa conclusão é, aliás, também reforçada pelo facto de, atendendo às especiais características dos sectores da electricidade e do gás natural, que são serviços de interesse económico geral, estes mecanismos regulatórios apresentarem um raio de acção mais abrangente do que o dos instrumentos do Direito da Concorrência, uma vez que ao contrário destes, não têm em vista apenas preocupações económicas, tendo igualmente em consideração preocupações sociais.

2.2.4.3.2. Derrogações

Existem, no entanto, determinadas situações em que o direito de acesso de terceiros às infra-estruturas no sector da energia pode ser derogado. Trata-se de casos em que a recusa de acesso se encontra devidamente justificada tendo em vista a protecção de outros valores que, em concreto, se revelam mais importantes.

⁽¹²⁹³⁾ JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, “La aplicación del derecho de la competencia a los servicios de interés económico general”, in AAVV, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, JAVIER GUILLÉN CARAMÉS (Director), Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 173.

⁽¹²⁹⁴⁾ Cfr. capítulo 3.3.3., Parte II, *supra*.

Estas situações encontram-se, de resto, previstas em qualquer uma das três gerações de Directivas comunitárias sobre o mercado interno de energia.

Em particular, e relativamente às Directivas de 2009, estabelece-se que os operadores das redes de transporte e de distribuição podem recusar o acesso quando não disponham da capacidade necessária. Neste caso, os operadores devem fornecer, porém, informações sobre as medidas necessárias para reforçar as redes ⁽¹²⁹⁵⁾.

Os operadores podem também recusar o acesso quando esteja em causa o cumprimento de obrigações de serviço público, *“na medida em que a sua aplicação possa dificultar, de direito ou de facto, o cumprimento das obrigações impostas às empresas no interesse económico geral e desde que o desenvolvimento do comércio não seja afectado de maneira contrária aos interesses da Comunidade”* devendo, em qualquer caso, justificar devidamente a sua recusa com critérios objectivos, de natureza técnica e económica ⁽¹²⁹⁶⁾.

Embora as Directivas não o refiram expressamente, parece que o acesso às infra-estruturas poderá ser também recusado em caso de crise repentina no mercado da energia e de ameaça à segurança, física ou outra, das pessoas, dos equipamentos ou instalações ou à integridade da rede ⁽¹²⁹⁷⁾.

No caso específico do sector do gás natural, admite-se ainda a possibilidade de os operadores de infra-estruturas recusarem o acesso com base em sérias dificuldades económicas e financeiras, no âmbito do cumprimento de contratos “take or pay” ⁽¹²⁹⁸⁾, bem como no caso da construção de novas infra-estruturas importantes no sector do gás, ou seja, de interligações, de instalações de GNL e de instalações de armazenamento ou no caso de aumentos significativos de capacidade nas infra-estruturas existentes e de alterações dessas infra-estruturas que permitam o desenvolvimento de novas fontes de fornecimento de gás ⁽¹²⁹⁹⁾. A derrogação pode abranger a totalidade ou parte da capacidade da nova infra-estrutura ou da infra-estrutura existente com capacidade significativamente aumentada, sendo limitada no tempo. Procura-se, assim, que os proprietários possam recuperar o investimento realizado, uma vez que os lucros derivados destes investimentos são não só altamente incertos, pois dependem da evolução da procura que é difícil de prever, como são também demorados no tempo.

⁽¹²⁹⁵⁾ Cfr. art. 32.º, n.º 2 da Directiva 2009/72/CE e art. 35.º da Directiva 2009/73/CE.

⁽¹²⁹⁶⁾ Cfr. art. 3.º, n.º 14 e art. 32.º, n.º 2 da Directiva 2009/72/CE e art. 35.º da Directiva 2009/73/CE.

⁽¹²⁹⁷⁾ Cfr. art. 42.º da Directiva 2009/72/CE e art. 46.º da Directiva 2009/73/CE.

⁽¹²⁹⁸⁾ Cfr. artigos 35.º, n.º 1 e 48.º da Directiva 2009/73/CE.

⁽¹²⁹⁹⁾ Cfr. art. 36.º da Directiva 2009/73/CE.

Em relação ao ordenamento jurídico nacional, para onde estas disposições foram transpostas, apenas encontramos referências a situações de recusa de acesso na legislação do sector do gás natural. Isto não significa, no entanto, que não possa ser também recusado o acesso de terceiros às infra-estruturas do sector da electricidade. Com efeito, na falta de transposição, aplicam-se directamente as disposições da Directiva 2009/72/CE que já vimos versarem sobre esta matéria, na medida em que as mesmas sejam incondicionais e suficientemente claras e precisas.

Assim, e relativamente ao sector do gás natural, prevê-se no artigo 72.º-A do Decreto-Lei n.º 140/2006, aditado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, que os operadores das redes de transporte e de distribuição podem recusar, fundamentadamente, o acesso às respectivas redes por falta de capacidade ou no caso de esse acesso os impedir de cumprir as suas obrigações de serviço público.

Em relação à falta de capacidade, está em causa apenas uma ausência de capacidade física ⁽¹³⁰⁰⁾. Ora, conforme referimos no capítulo anterior, quer a metodologia dos estudos para a determinação da capacidade das infra-estruturas, quer a escolha dos mecanismos de gestão de congestionamentos no acesso às redes são aprovados pela ERSE ⁽¹³⁰¹⁾, precisamente para evitar discriminações injustificadas com base na existência de (“falsas”) questões técnicas. Do mesmo modo, assume também especial importância nesta sede a aprovação, pela ERSE, dos projectos de investimento dos operadores das infra-estruturas, com o que se procura igualmente garantir que são efectuados os investimentos necessários nas infra-estruturas de forma a reforçar, sempre que haja necessidade, a sua capacidade ⁽¹³⁰²⁾.

O Decreto-Lei n.º 140/2006 transpõe também para o nosso ordenamento jurídico as situações de recusa de acesso no caso de novos investimentos com infra-estruturas.

Com efeito, prevê-se no artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, que as novas infra-estruturas relativas a interligações, a instalações de armazenamento subterrâneo e a terminais de GNL, bem como os aumentos significativos de capacidade nas infra-estruturas existentes e as alterações das infra-estruturas que permitam o desenvolvimento de novas fontes de fornecimento de gás, podem beneficiar de derrogações em matéria de direito de acesso de terceiros às mesmas. Para que isso suceda é, no entanto, necessário que

⁽¹³⁰⁰⁾ Neste caso, os operadores das redes de transporte e de distribuição devem efectuar os melhoramentos necessários na medida em que tal seja economicamente viável e sempre que um potencial cliente esteja interessado em pagar por isso.

⁽¹³⁰¹⁾ Cfr. Regulamentos de Acesso às Redes e às Infra-Estruturas na electricidade e no gás natural.

⁽¹³⁰²⁾ Cfr. Regulamentos de Acesso às Redes e às Infra-Estruturas na electricidade e no gás natural.

(a) face ao risco associado, o investimento não fosse realizado se não fosse concedida a derrogação; (b) a infra-estrutura seja propriedade de pessoa separada, pelo menos no plano jurídico, dos operadores em cujas redes a referida infra-estrutura venha a ser construída; (c) sejam cobradas taxas de utilização aos utilizadores dessa infra-estrutura e, por último, (d) que a derrogação não prejudique a concorrência, nem o bom funcionamento do mercado interno do gás ou o funcionamento eficiente do sistema regulado a que está ligada a infra-estrutura.

Finalmente, poder-se-á também admitir que, em caso de crise, de ameaça à segurança física, ou outra, de pessoas, equipamentos, instalações, ou à integridade das redes, designadamente por via de acidente grave ou razão de força maior, se possa vir a adoptar, como medida de emergência, a recusa temporária do acesso a uma ou a várias infra-estruturas energéticas ⁽¹³⁰³⁾.

A concessão de qualquer uma destas derrogações ao direito de acesso de terceiros deve ser sempre devidamente fundamentada e limitada no tempo. Com efeito, só assim se poderão evitar situações que, sob falsos pretextos, ponham em causa o bom funcionamento do mercado de energia, uma vez que, como vimos acima, o exercício do direito de acesso de terceiros às infra-estruturas é uma peça-chave neste jogo.

2.2.4.4. As tarifas reguladas

A liberalização não se faz num único dia. A transição entre um regime de monopólio (público) como o até agora vigente nos sectores da electricidade e do gás natural para um regime de mercado pressupõe, naturalmente, uma fase de adaptação que materializa, no fundo, a ideia de que a abertura ao mercado, para mais numa área tão sensível como é a do fornecimento de energia, deve ser gradual.

É, assim, neste contexto que se deve enquadrar o mecanismo regulatório das tarifas aprovadas pela ERSE, no âmbito dos seus poderes de regulação dos sectores da electricidade e do gás natural.

Procura-se, desta forma, salvaguardar os interesses dos consumidores (visto que muitas das empresas públicas prestadoras destes serviços eram usadas como instrumentos de política económica e social o que permitia que os preços do fornecimento fossem mais baixos do que os que resultariam do mecanismo da oferta e da procura), mas também os interesses dos antigos operadores (incumbentes) que vêm a sua quota de mercado posta em causa com o aparecimento da concorrência.

⁽¹³⁰³⁾ Cfr. art. 48.º do Decreto-Lei n.º 140/2006.

Mas não só. Outras situações existem em que perante uma comprovada situação de monopólio (monopólio natural), se torna também necessário assegurar que, enquanto essa situação se mantiver, os valores praticados pelos operadores são adequados e razoáveis.

As tarifas reguladas distinguem-se, portanto, dos preços, que são formados no mercado, enquanto aquelas são aprovadas administrativamente por uma autoridade reguladora independente.

Em causa estão essencialmente dois tipos de tarifas reguladas: as tarifas de acesso que são cobradas pelos operadores das redes, bem como pelos operadores das infra-estruturas (como as cavernas de armazenamento subterrâneo de gás natural e o terminal de GNL) aos seus utilizadores e as tarifas de venda de energia que são cobradas pelos comercializadores de último recurso aos seus clientes.

Deste modo, enquanto no primeiro caso, as tarifas regulam uma situação de monopólio (natural), substituindo os preços que se formariam se existisse um verdadeiro mercado, na segunda situação, as tarifas reguladas de venda final de energia têm em vista preparar a transição para um regime de mercado.

Em qualquer um dos casos, porém, o cálculo e a fixação destas tarifas obedece a determinados princípios gerais (princípios tarifários) que se encontram previstos na lei ⁽¹³⁰⁴⁾, nomeadamente o princípio da igualdade de tratamento, o princípio da uniformidade tarifária (de modo a que o sistema tarifário se aplique a todos os clientes), o princípio da adequação aos custos, o princípio da transparência e o princípio da aditividade tarifária, a que se juntam ainda outras preocupações como a protecção dos clientes face à evolução das tarifas, sem esquecer a salvaguarda do equilíbrio económico e financeiro das actividades reguladas, a criação de incentivos ao desempenho eficiente das actividades reguladas e a contribuição para a promoção da eficiência energética e da qualidade ambiental.

Como sublinha SUZANA TAVARES DA SILVA, “(a) tarifa é hoje um conceito difícil de qualificar: por um lado, corresponde à remuneração fixada pelas entidades administrativas para as “actividades em que não pode haver mercado” – aproximando-se de um preço público – e, por outro lado, pretende-se, neutralizar a componente administrativo-regulatória que a mesma é apta a cumprir para, ao invés, tentar que a determinação da tarifa se aproxime cada vez mais do que seria o valor fixado no mercado” ⁽¹³⁰⁵⁾. A Autora conclui dizendo que daqui “se infere que há hoje uma

⁽¹³⁰⁴⁾ Cfr. art. 61.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e art. 55.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

⁽¹³⁰⁵⁾ SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, op. cit., pp. 417-418.

esquizofrenia na regulação tarifária, que resulta do facto de a mesma ter a pretensão de se apresentar não como uma intervenção pública nos factores económicos, mas antes como o resultado do que seria o valor obtido no mercado” ⁽¹³⁰⁶⁾.

Se isto pode ser verdade no tocante às tarifas de acesso, cujo desenho especialmente complexo reflecte estas mesmas pretensões, já não será, no entanto, tanto assim no caso das tarifas reguladas de venda de energia cobradas pelos comercializadores de último recurso.

Com efeito, estas tarifas contêm, pelo menos à primeira vista, preocupações sociais (nomeadamente assegurar que todos, independentemente da sua particular condição económica ou da sua localização geográfica, tenham acesso ao serviço de fornecimento de electricidade ou de gás natural) que foram, aliás, em grande parte responsáveis pelo agravamento do défice tarifário que se verifica no sector da energia. Efectivamente, no cálculo destas tarifas têm sido considerados determinados factores que de outra forma, e num contexto em que a concorrência nos mercados ainda não é completa, poderiam ter fortes repercussões, caso não houvesse intervenção da parte da autoridade reguladora, no preço de venda final da energia.

Deste modo, na prática, os valores destas tarifas têm-se situado bastante abaixo dos que resultariam do mecanismo da oferta e da procura, o que acaba por dificultar a entrada de novos comercializadores no mercado, pondo, desse modo, em causa, a efectiva liberalização do mercado da energia. Este é, portanto, um daqueles casos (diríamos evidentes) em que a regulação tem criado entraves ao funcionamento da concorrência.

O Tribunal de Justiça da União Europeia teve já, aliás, oportunidade de se pronunciar sobre a intervenção dos Estados na fixação do preço de fornecimento de gás natural ao consumidor final, após a data-limite para a completa liberalização do mercado (1 de Julho de 2007) ⁽¹³⁰⁷⁾.

Em concreto, foi colocada ao Tribunal a questão de saber se “o artigo 23.º da Directiva 2003/55/CE [...] que regula a abertura do mercado do gás, deve ser interpretado, em conformidade com os princípios consagrados no Tratado [CE], no sentido de que essa disposição e esses princípios se opõem a uma norma nacional (e subsequentes actos de execução) que mantém em vigor, posteriormente a 1 de Julho de 2007, o poder da autoridade reguladora nacional de definir preços de referência dos fornecimentos de gás natural aos [clientes nacionais (‘domestici’)] (categoria indeterminada e não definida nos grupos de referência, que não implica, por si só, a

⁽¹³⁰⁶⁾ Idem.

⁽¹³⁰⁷⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Abril de 2010, proferido no processo C-265/08.

consideração de situações especiais decorrentes de dificuldades socioeconómicas que poderiam justificar a fixação dos referidos preços de referência), que as empresas de distribuição ou de venda, no âmbito das respectivas obrigações de serviço público, estão obrigadas a incluir nas suas ofertas comerciais?”⁽¹³⁰⁸⁾.

O Tribunal viria a concluir que os artigos 3.º, número 2 e 23.º, número 1, da Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural, não se opõem a uma regulamentação nacional que permita determinar o nível do preço de fornecimento de gás natural através da definição de “preços de referência”, a partir de 1 de Julho de 2007, desde que tal intervenção: (a) prossiga um interesse económico geral que consista em manter o preço de fornecimento de gás natural ao consumidor final, a um nível razoável, face à conciliação a que os Estados-Membros devem proceder, tendo em conta a situação do sector do gás natural, entre o objectivo de liberalização e o da necessária protecção do consumidor final, prosseguidos pela Directiva 2003/55/CE; (b) afecte a livre fixação dos preços de fornecimento de gás natural, a partir de 1 de Julho de 2007, apenas na medida necessária à realização de tal objectivo de interesse económico geral e, por conseguinte, por um período necessariamente limitado no tempo; e (c) seja claramente definida, transparente, não discriminatória e verificável e garanta às empresas de gás na União um igual acesso aos consumidores.

Ora, no caso português, e à luz da jurisprudência fixada neste Acórdão, poder-se-ia dizer que as tarifas de venda de energia fixadas pela ERSE e cobradas pelos comercializadores de último recurso quer no sector da electricidade, quer no sector do gás natural, muito dificilmente cumpriam estes critérios.

Desde logo, estas tarifas se bem que se aplicassem a pequenos consumidores (consumidores domésticos e pequenas empresas), aplicavam-se também a grandes clientes, o que tornava mais difícil a justificação da existência de um interesse económico geral digno de protecção, pelo menos em relação a estes últimos. Em boa verdade, neste caso (grandes clientes), a existência de tarifas reguladas de venda de energia era mais uma forma de protecção dos interesses dos incumbentes (permitindo-lhes conservar a sua quota de mercado) do que propriamente dos consumidores. Por outro lado, e embora a legislação sempre se tivesse referido à

⁽¹³⁰⁸⁾ Cfr. parágrafo 14 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Abril de 2010, processo C-265/08.

existência de uma situação transitória, a verdade é que tardaram a ser fixadas datas-limite relativamente à vigência daquelas tarifas (¹³⁰⁹).

Entretanto, e na sequência da assinatura, em 2011, do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal, o nosso País foi obrigado a extinguir as tarifas reguladas de venda de eletricidade e gás natural a clientes finais ainda em vigor. Para tal foi fixada a data de 1 de Janeiro de 2013, tendo sido aprovados os Decretos-Lei n.º 74/2012 (gás natural) e 75/2012 (electricidade), ambos de 26 de Março.

O processo de extinção das tarifas reguladas concretizou-se, no caso do gás natural, através da eliminação das tarifas reguladas de venda a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m³ e da introdução de mecanismos regulatórios de incentivo à adesão ao mercado de gás natural em regime de preço livres, que se manterão regulados, de forma transitória e no máximo, até 31 de Dezembro de 2014 e até 31 de Dezembro de 2015, consoante os clientes tenham consumos anuais iguais ou inferiores a 10 000 m³ e superiores a 500 m³ ou inferiores ou iguais a 500 m³, respectivamente.

Em relação à electricidade, foram eliminadas as tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais em BTN (baixa tensão normal), tendo sido igualmente introduzidos mecanismos regulatórios de incentivo à adesão ao mercado em regime de preço livre, os quais se manterão regulados, de forma transitória e no máximo, até 31 de Dezembro de 2014 e até 31 de Dezembro de 2015, consoante os clientes tenham potência contratada superior ou igual a 10,35 kVA ou inferior a 10,35 kVA, respetivamente.

A extinção das tarifas reguladas de venda a clientes finais representa uma forma de desregulação, no sentido que estudámos acima (¹³¹⁰). É natural, por isso, que o fim destas tarifas crie grandes expectativas em relação a saber como se irá comportar o mercado no futuro, nomeadamente se a concorrência irá aumentar (com a descida dos preços) e com ela qualidade do serviço, bem como a diversidade das ofertas (por

(¹³⁰⁹) Com efeito, só em 2010 foi iniciado o processo de extinção destas tarifas e apenas parcialmente. Deste modo, e no sector do gás natural, o Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de Junho, veio determinar a extinção das tarifas reguladas para clientes finais com consumos anuais superiores a 10 000 m³. Em relação ao sector da electricidade, o Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro determinou a extinção das aludidas tarifas para clientes em muito alta tensão (MAT), alta tensão (AT), média tensão (MT) e baixa tensão especial (BTE). Nos restantes casos, mantiveram-se em vigor as tarifas reguladas de venda, quer de gás natural, quer de electricidade, para os demais clientes por elas abrangidos.

(¹³¹⁰) Cfr. capítulo 2.2., Parte II, *supra*.

exemplo, através de campanhas promocionais) e a inovação, beneficiando os consumidores.

Estes aspectos são especialmente importantes, sobretudo, no caso do mercado dos consumidores domésticos que, por natureza, são menos permissivos às mudanças (ainda que as mesmas possam ser no sentido de os beneficiar), o que se fica a dever, em grande parte, à falta de informação ou à dificuldade em interpretar e compreender a informação que lhes é disponibilizada (aspecto que tem tendência a agravar-se quando falamos de mercados e de bens e serviços especialmente complexos, como é o caso da electricidade e do gás natural). Será, pois, uma questão de observar de que forma os novos mecanismos regulatórios de incentivo à adesão ao mercado em regime de preço livre, agora introduzidos ⁽¹³¹¹⁾, irão funcionar.

As tarifas reguladas são, pois, um poderoso mecanismo económico, uma vez que influenciam, de forma decisiva, o funcionamento do mercado.

É também o que se verifica nas tarifas reguladas de acesso a redes e a infra-estruturas, sendo que neste caso as mesmas se destinam a regular, conforme adiantámos acima, uma situação em que a concorrência se encontra, por natureza, ausente (monopólio natural), pelo que se assiste a uma tentativa de aproximar os seus valores dos que seriam praticados num regime de mercado concorrencial.

A forma como estas tarifas se encontram desenhadas não é, no entanto, apenas importante para assegurar a existência de concorrência e a ausência de discriminação entre operadores (nomeadamente nas situações em que o operador faça parte de uma empresa verticalmente integrada). Com efeito, a estrutura destas tarifas é também determinante de forma a incentivar a existência de novos investimentos nas redes/infra-estruturas.

Deste modo, o desenho destas tarifas tem em conta não só os custos suportados pelos operadores, mas também o que deverá ser considerado um nível adequado de remuneração da sua actividade, o qual considera uma série de outros factores, desde a remuneração do capital investido, aos incentivos à inovação e à eficiência energética e que se prendem, em última análise, com a necessidade de assegurar a manutenção da segurança e da qualidade do serviço.

Estes aspectos são, assim, especialmente sensíveis pois dependendo da forma como são definidos, deles irá depender o nível de investimento realizado pelos

⁽¹³¹¹⁾ E que consistem, basicamente, na aprovação de tarifas transitórias que se destinam a ser aplicadas pelos comercializadores de último recurso até ao final do período de transição fixado na lei, as quais são acrescidas de um montante resultante da aplicação de um factor de agravamento destinado, precisamente, a impulsionar a mudança para o mercado livre, a que se junta ainda o reforço dos deveres de informação sobre a extinção das tarifas reguladas e a transição para o regime de mercado (cfr. art. 3.º do Decreto-Lei n.º 74/2012 e art. 3.º do Decreto-Lei n.º 75/2012).

operadores na manutenção e no desenvolvimento das redes, o aumento ou a diminuição dos seus custos, entre outros.

Ao contrário das tarifas reguladas de venda de energia, as tarifas reguladas de acesso são para manter, pelo menos enquanto durarem as situações de monopólio natural que as mesmas se destinam a regular. Com efeito, a ausência deste mecanismo regulatório teria, com toda a certeza, efeitos nefastos no funcionamento do mercado ⁽¹³¹²⁾, efeitos esses que podem ser tão ou mais devastadores como os derivados da existência de uma má regulação.

2.2.4.4.1. Forma de neoregulação: o acesso negociado no armazenamento subterrâneo de gás natural

A Directiva 2009/73/CE permite, no entanto, que o acesso às instalações de armazenamento de gás natural se possa fazer, alternativamente, de forma regulada, através da cobrança de tarifas fixadas administrativamente pela autoridade reguladora nacional, ou mediante negociação entre as partes envolvidas (o proprietário ou o gestor da infra-estrutura e o terceiro interessado na sua utilização) ⁽¹³¹³⁾.

No nosso ordenamento jurídico, o Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de Junho viria, na sequência da transposição daquela Directiva, a consagrar esta possibilidade, abrindo a hipótese de as novas concessões para o armazenamento subterrâneo beneficiarem de um regime de acesso negociado, assente em tarifas livremente negociadas com os respectivos utilizadores ⁽¹³¹⁴⁾.

Deste modo, dispõe-se actualmente no artigo 24.º-A do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012 que o acesso ao armazenamento subterrâneo se encontra sujeito a preços negociados livremente, segundo as regras da

⁽¹³¹²⁾ Sobre o fracasso do modelo de tarifas negociadas em vigor na Alemanha até 2005, veja-se TONY PROSSER et al., “Neo-Institutionalist and Collaborative-Rational Approaches to Governance in Services of General Interest: The Case of Energy in the UK and Germany”, in AAVV, *Reflexive Governance. Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, OLIVIER DE SCHUTTER / JACQUES LENOBLE (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, em especial pp. 74-78. Cfr. também nota de rodapé n.º 1290 com indicação de mais bibliografia.

⁽¹³¹³⁾ Cfr. art. 33.º da Directiva 2009/73/CE.

⁽¹³¹⁴⁾ O Decreto-Lei n.º 230/2012 que alterou o Decreto-Lei n.º 30/2006 deixou de limitar, no entanto, o regime de acesso negociado de terceiros apenas às novas concessões, tendo passado a permitir, também, que as concessões de armazenamento subterrâneo de gás natural em regime de acesso negociado possam, quando tal se revele necessário e em certas condições, ser utilizadas para a constituição e manutenção de reservas de segurança (cfr. art. 24.º, n.º 3 e 6).

boa-fé, com os utilizadores da respectiva infra-estrutura, de dentro ou fora do território abrangido pela rede interligada ⁽¹³¹⁵⁾.

O armazenamento em regime de acesso negociado de terceiros só pode ser, porém, adoptado quando se preenchem os seguintes requisitos cumulativos: (a) não incida sobre serviços auxiliares e unidades de armazenamento temporário relacionados com instalações de GNL, necessários para o processo de regaseificação e subsequente entrega à rede de transporte; (b) não prejudique o funcionamento eficiente do sistema regulado; (c) o armazenamento em regime de acesso negociado de terceiros esteja técnica e economicamente justificado por estudos que demonstrem a probabilidade de existência de mercado para a aquisição de serviços de armazenamento subterrâneo, em regime negociado; (d) a actividade de armazenamento subterrâneo em regime de acesso negociado esteja juridicamente separada de outras actividades de gás natural ou de electricidade, incluindo o armazenamento em regime regulado.

Trata-se, portanto, de uma clara manifestação de neoregulação que se caracteriza por recorrer a um mecanismo regulatório mais flexível, menos intrusivo e que, em última análise, se mostra mais compatível com o funcionamento do mercado, nomeadamente ao devolver às partes contratantes a liberdade de negociarem os termos da sua colaboração (inclusivamente em termos económicos). Em qualquer caso, o mesmo encontra-se circunscrito às situações identificadas acima, as quais envolvem um menor risco para o sistema e, por isso, não justificam uma intervenção regulatória pública directa.

2.2.5. O direito de propriedade e a liberdade de empresa: limitações

Para muitos, conforme referimos na Parte I ⁽¹³¹⁶⁾, o aparecimento do novo modelo administrativo de Estado Regulador foi assumido como sendo uma espécie de “regresso ao passado”, entendido este como um regresso ao modelo do Estado Liberal caracterizado pelo lema do *“laissez faire, laissez passer”*.

Com efeito, tal como no período do Estado Liberal, assiste-se também agora a uma devolução do mercado aos privados, remetendo-se o Estado para uma posição de “mero” árbitro do jogo da oferta e da procura. Já vimos, no entanto, que, ao

⁽¹³¹⁵⁾ Para o efeito, o operador de armazenamento subterrâneo em regime de acesso negociado procede à consulta dos utilizadores da rede e publicita, até 1 de Janeiro de cada ano, as principais condições comerciais aplicáveis aos contratos de acesso negociado de terceiros a essas instalações ou serviços auxiliares (cfr. art. 24.º, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012).

⁽¹³¹⁶⁾ Cfr. capítulo 3.3.1., Parte I, *supra*.

contrário da época oitocentista, o Estado de hoje está longe de se remeter para um papel de simples observador.

A verdade, porém, é que tal como naquele período e num contexto em que o neoliberalismo se assume como a grande inspiração em matéria de política económica, direitos fundamentais como o direito de propriedade e o direito de iniciativa privada ganham, de novo, protagonismo (ainda que, em abono da verdade, nunca o tenham perdido mesmo durante o período do Estado Social de Direito). Neste panorama, reacendem-se as questões ligadas à legitimidade das intromissões públicas na esfera privada, nomeadamente no âmbito daqueles direitos fundamentais.

Efectivamente, a regulação constitui terreno fértil para todas estas interrogações, já que apesar da retirada do Estado da vida económica ter catapultado para a ribalta os privados, o Estado continua a dominar o mercado, fazendo-o agora, no entanto, a partir do exterior, mas ainda assim de forma a condicionar o exercício de certos direitos fundamentais, com especial destaque para o direito de propriedade e para o direito de iniciativa privada.

E é isso, precisamente, que separa estes dois modelos de Estado aparentemente tão similares.

Com efeito, enquanto no modelo de Estado Liberal qualquer intervenção pública que tivesse como consequência uma limitação ou restrição dos direitos de propriedade privada e de iniciativa privada era sempre vista como excepcional e, portanto, como bastante limitada, hoje em dia, uma intervenção pública do mesmo sentido encontra-se respaldada no exercício de poderes regulatórios, sendo justificada pelo papel de garante do bom funcionamento do mercado que é atribuído ao Estado.

Deste modo, e de forma a velar pelo bom funcionamento do mercado em sectores como a energia, que têm a natureza de serviços de interesse económico geral, porquanto satisfazem necessidades colectivas essenciais, os poderes públicos estão habilitados a intervir na esfera daqueles direitos para prosseguirem o interesse público geral.

Naturalmente que não se trata de uma intervenção ilimitada e arbitrária. A Constituição continua a ser neste, como em todos os outros domínios, a lei soberana, pelo que tratando-se de direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias regulados no Título II da Parte I da Constituição só podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Significa isto então que nos casos não previstos na Constituição, o legislador ordinário (e em última análise o administrador) não poderá afectar aqueles direitos?

Com efeito, a entender-se assim, forçoso seria concluir que o âmbito de acção do regulador seria bastante reduzido, o que poderia, desde logo, em causa a própria satisfação das necessidades colectivas.

Esta problemática já foi estudada entre nós por JORGE REIS NOVAIS que concluiu que *“a consagração constitucional de um direito fundamental sem a simultânea previsão da possibilidade da sua restrição não constitui qualquer indicação definitiva sobre a sua limitabilidade”* ⁽¹³¹⁷⁾. O Autor entende assim que existem situações em que nos deparamos com restrições implicitamente autorizadas, as quais se encontram *“subordinadas a uma reserva geral imanente de ponderação ou de necessidade de compatibilização com valores, bens ou interesses igualmente dignos de protecção, o que, mesmo quando a Constituição não o prevê expressamente, envolve, consoante as circunstâncias de caso concreto, a possibilidade da sua cedência, afectação desvantajosa, limitação ou restrição por parte dos poderes constituídos”* ⁽¹³¹⁸⁾.

O modelo de Estado Regulador não põe, assim, em causa os direitos constitucionais de propriedade e de iniciativa privada que reconhece e respeita. A verdade, no entanto, é que este modelo para funcionar pressupõe uma intervenção permanente naqueles direitos (dentro obviamente dos limites referidos), afastando-se, deste modo, definitivamente, a concepção liberal que via estes direitos como direitos absolutos, ilimitados, ligados à liberdade pessoal do indivíduo.

De que forma, no entanto, é que a regulação pública no sector da energia constitui uma limitação aos direitos de propriedade e de iniciativa privada?

Em relação à garantia constitucional do direito de propriedade privada está em causa, essencialmente, a liberdade de adquirir bens, a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário, a liberdade de os transmitir e o direito de não ser privado deles sem o pagamento de uma justa indemnização ⁽¹³¹⁹⁾. Relativamente à liberdade de iniciativa económica privada a mesma traduz-se quer na liberdade de iniciar uma actividade económica, quer na liberdade de organização e gestão da actividade da empresa ⁽¹³²⁰⁾.

Ora, a regulação pública na medida em que visa corrigir as falhas do mercado, bem como prosseguir determinados objectivos sociais ligados à satisfação de

⁽¹³¹⁷⁾ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 569.

⁽¹³¹⁸⁾ Idem, p. 575.

⁽¹³¹⁹⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, op. cit., anotação ao art. 62.º, p. 802.

⁽¹³²⁰⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, op. cit., anotação ao art. 61.º, p. 790.

necessidades colectivas, acaba necessariamente por condicionar a actividade económica dos operadores ou agentes do mercado e com isso afectar quer o seu direito de propriedade, quer a sua liberdade de iniciativa económica privada.

Destacam-se, em particular, e pela sua importância, as limitações ao direito de propriedade relacionadas com o regime do direito de acesso de terceiros às infra-estruturas energéticas, bem como as resultantes da imposição de tarifas reguladas e a que já nos referimos atrás ⁽¹³²¹⁾.

Por outro lado, e em relação ao direito de iniciativa privada, são especialmente significativas as limitações derivadas da sujeição dos operadores a obrigações de serviço público, em especial à obrigação de serviço universal que tem subjacente a imposição de contratar, a que se juntam ainda as limitações ao conteúdo dos contratos de fornecimento de energia que resultam da lei, bem como dos regulamentos da ERSE (inclusivamente no caso da comercialização exercida em regime de mercado). Finalmente, merecem também uma referência as limitações regulatórias em matéria de participações societárias nas empresas de energia ⁽¹³²²⁾ ou as resultantes do regime de protecção de activos estratégicos ⁽¹³²³⁾.

⁽¹³²¹⁾ Cfr. capítulos 2.2.4.3 e 2.2.4.4. *supra*.

⁽¹³²²⁾ Deste modo, e em relação ao operador da Rede Nacional de Transporte de Electricidade, nenhuma entidade, incluindo as que exerçam atividades no sector eléctrico, nacional ou estrangeira, pode deter, directamente ou sob qualquer forma indirecta, mais de 25 % do capital social do operador da RNT ou de empresas que o controlem (cfr. art. 25.º, n.º 2, al. i) do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro). Da mesma forma, nenhuma entidade, incluindo as que exerçam atividades no sector do gás natural, nacional ou estrangeira, pode deter, directamente ou sob qualquer forma indirecta, mais de 25 % do capital social do operador de terminal de GNL (cfr. art. 20.º-A, n.º 3, al. b) do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro) e, finalmente, nenhuma entidade, incluindo as que exerçam atividades no sector do gás natural, nacional ou estrangeira, pode deter, directamente ou sob qualquer forma indirecta, mais de 25 % do capital social do operador da RNTGN ou de empresas que o controlem (cfr. art. 21.º, n.º 3, al. h) do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012). Estas limitações não se aplicam ao Estado ou a empresas por ele controladas, nem prejudicam a existência de relações de domínio no seio do grupo societário em que cada empresa concessionária se integra à data da entrada em vigor do diploma. Apesar das alterações aos limites legais de participação no capital destas empresas terem implicado um aumento dos limites mínimos (recorde-se que anteriormente os limites eram de 5% e de 10% consoante a empresa exercesse ou não actividades no sector da energia) continua assegurado, de acordo com a lei, o objectivo de não permitir o controlo destas empresas por nenhum accionista em particular.

⁽¹³²³⁾ Este regime ainda não foi, no entanto, aprovado. Com efeito, de acordo com o art. 27.º-A da Lei n.º 50/2011, de 13 de Setembro, aditado à Lei Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril), o Governo deveria, no prazo máximo de 90 dias a partir da entrada em vigor daquela lei, estabelecer o regime extraordinário para salvaguarda de activos estratégicos em sectores fundamentais (nomeadamente no sector da energia) para o interesse nacional, o que até à data ainda não aconteceu.

Nalguns casos trata-se de verdadeiras restrições a direitos fundamentais, no sentido previsto no artigo 18.º, número 2 da Constituição ⁽¹³²⁴⁾, ou seja, de medidas que afectam de forma desvantajosa o conteúdo do direito, noutros trata-se, apenas, no entanto, de uma mera conformação do conteúdo daqueles direitos feita pelo legislador ordinário.

Em relação às restrições, as mesmas têm na sua base diversas justificações, seja porque estamos perante monopólios que necessitam de ser limitados de forma a promover a concorrência, seja porque se verificam assimetrias de informação (especialmente entre operadores e consumidores) que obrigam os operadores a cumprir determinados deveres em termos, nomeadamente, de prestação de informação, seja ainda porque existem determinados valores sociais que necessitam de ser protegidos, designadamente em nome da defesa de outros direitos ou interesses constitucionais como a protecção da dignidade da pessoa humana.

Em causa está, no entanto, regra geral, um equilíbrio difícil entre a tutela do interesse individual e a tutela do interesse geral, o que obriga à ponderação de bens, as mais das vezes, em colisão ⁽¹³²⁵⁾.

Em qualquer caso, ter-se-á sempre, porém, de assegurar o respeito quer do princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito, quer do princípio da protecção da confiança.

A restrição mais simbólica em matéria de regulação de energia resulta, no entanto, em nossa opinião, da obrigação de separação entre actividades concorrenciais e actividades não concorrenciais que determinou, inclusivamente, no nosso País, a venda dos activos regulados do sector do gás natural (recepção, transporte e armazenamento) e a sua junção à empresa operadora da rede de transporte de electricidade ⁽¹³²⁶⁾.

Esta restrição foi justificada pela necessidade de introdução da concorrência nos sectores da electricidade e do gás natural, através da garantia da existência de condições não discriminatórias de acesso àquelas infra-estruturas (que são

⁽¹³²⁴⁾ De acordo com esta norma, *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”*.

⁽¹³²⁵⁾ Concordamos com JORGE REIS NOVAIS quando conclui que *“é a questão da importância ou do peso concretos e materiais dos princípios opostos que determinam o sentido da preferência relativa concreta; o nível constitucional ou infra-constitucional da sua garantia jurídica não é mais que um factor, entre muitos outros, que deve ser tido em conta na avaliação desse peso relativo”* (As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, op. cit., p. 619). Deste modo, o que é determinante é que o bem em colisão com o direito fundamental se trate de um bem igualmente digno de protecção jurídica, independentemente da sua inscrição formal num plano constitucional ou infra-constitucional.

⁽¹³²⁶⁾ Cfr. art. 65.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, na sua redacção originária, que regulou os termos da referida transmissão de activos.

monopólios naturais). Deste modo, ao autonomizarem-se os activos regulados anteriormente integrados numa empresa verticalmente integrada consegue-se atingir esse objectivo.

Duas posições são, no entanto, possíveis a propósito da natureza daquela medida.

Com efeito, ou se considera que semelhante obrigação de venda de activos se inseriu no âmbito dos poderes que o Estado, enquanto accionista (e accionista qualificado), podia exercer no controlo e gestão das referidas empresas ou se defende antes que, apesar de estarmos à data perante duas empresas que poderiam ser consideradas públicas (a Transgás e a REN), semelhante obrigação legal de venda constituiu, ainda assim, uma restrição ao direito de propriedade da Transgás sobre aqueles activos ⁽¹³²⁷⁾. Quanto a nós, inclinamo-nos para esta segunda posição.

Ora, entendendo-se que se tratou antes de uma verdadeira e própria restrição ao direito de propriedade ⁽¹³²⁸⁾, a qual foi consequência da adopção de uma medida regulatória pública, a mesma teria não só de se encontrar devidamente fundamentada, como teria ainda de respeitar o princípio da proporcionalidade.

Quanto à fundamentação, já referimos atrás que a mesma se prendeu com a necessidade de introdução da concorrência no sector da energia. A propriedade da rede assume-se, deste modo, como um aspecto fundamental na prossecução do interesse geral da segurança e da existência de preços baixos no fornecimento de energia.

Em relação ao respeito do princípio da proporcionalidade, pode ler-se na Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de Outubro, que aprovou a Estratégia Nacional para a Energia (e entretanto revogada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2010, de 15 de Abril), que *“a separação dos operadores das redes de transporte de energia, não só jurídica mas também ao nível da propriedade, de outras empresas com interesses no sector - produção, distribuição, comercialização - constitui uma garantia crucial da sua independência e da existência de condições não discriminatórias de acesso”*.

⁽¹³²⁷⁾ Como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA não deve confundir-se o direito de *propriedade privada* com o *sector privado* da economia. O *“direito de propriedade designa um regime, uma relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens. Deste modo, a propriedade privada pode estar na base, tanto do sector privado, como do sector cooperativo ou mesmo dos vários domínios do sector público (propriedade privada de entidades públicas)”* (Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, op. cit., anotação ao art. 62.º, p. 801).

⁽¹³²⁸⁾ E que alguns Autores, em condições semelhantes, não hesitam em classificar como uma verdadeira expropriação (JOHANN-CHRISTIAN PIELOW / ECKART EHLERS, *“Ownership unbundling and constitutional conflict: a typical German debate?”*, European Review of Energy Markets, volume 2 (3), May 2008, pp. 24 e segs.).

Poder-se-á, no entanto, sempre questionar até que ponto esta seria a única medida adequada tendo em vista a consecução daqueles objectivos, sobretudo, num quadro em que a própria União Europeia acabou por aprovar outros modelos alternativos de separação (sem envolver a separação patrimonial). A bem da verdade deve, porém, sublinhar-se que a Comissão Europeia continua a defender que o modelo da separação patrimonial é o modelo mais eficaz de separação tendo em vista a promoção da concorrência no mercado de energia e a descida dos preços praticados aos consumidores; trata-se, porém, de uma matéria que está longe de ser pacífica, levantando uma imensa polémica, inclusivamente, entre os próprios economistas ⁽¹³²⁹⁾.

Em qualquer caso, e uma vez que a referida restrição foi objecto de uma compensação monetária, as dúvidas sobre a sua conformidade constitucional acabam por se atenuar muito significativamente. Com efeito, de acordo com a lei, o contrato de compra e venda destes activos deveria ser negociado entre as partes (o que efectivamente aconteceu), devendo o preço ser fixado tendo em conta o valor contabilístico do activo alienado, líquido de amortizações e subsídios, e o valor da tarifa aplicável nos termos do regulamento tarifário ⁽¹³³⁰⁾.

Como conclusão de tudo quanto escrevemos acima, podemos dizer com JORGE FABRA UTRAY que *“(a) liberalização não é fruto espontâneo de deixar que as coisas funcionem sem intervenção pública, mas sim o resultado da iniciativa privada que se desenvolve uma vez que existe uma forte disciplina jurídica pública que estabelece as regras do jogo e que altera, inclusivamente, o regime da propriedade para conseguir que a concorrência – objectivo público – seja possível frente à tendência do monopólio natural que segue presente em todas as actividades de rede e que só à custa de uma forte intervenção pode ser dobrada e superada”* ⁽¹³³¹⁾.

A regulação acaba, assim, por colocar em evidência, mais do que nunca, a função social da propriedade, no sentido da sua funcionalização ao interesse geral ⁽¹³³²⁾.

⁽¹³²⁹⁾ Idem, nota de rodapé n.º 9 com alguns exemplos de Autores que põem em causa as vantagens do modelo de separação patrimonial.

⁽¹³³⁰⁾ Cfr. art. 65.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 140/2006, na sua redacção originária.

⁽¹³³¹⁾ JORGE FABRA UTRAY, *Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*, op. cit., p. 45.

⁽¹³³²⁾ FERNANDO ALVES CORREIA refere, a este propósito, que apesar de a nossa Constituição não mencionar expressamente a “função social” como um limite imanente ao direito da propriedade privada, uma tal limitação deve considerar-se *implícita* em várias regras e princípios constitucionais, nomeadamente no art. 61.º, n.º 1 da Constituição, nos termos do qual a iniciativa económica privada deve ser exercida *“tendo em conta o interesse geral”* (FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, volume I, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 605-606).

Longe vão, portanto, os tempos em que a tutela do interesse individual se sobrepunha à tutela do interesse geral.

3. Os diferentes níveis de regulação

Tão ou mais importante do que os mecanismos regulatórios é o quadro institucional responsável pela sua aplicação.

Com efeito, a realização do mercado interno de energia não depende unicamente dos instrumentos regulatórios ou das técnicas de liberalização adoptadas. São também necessárias entidades dotadas de poderes e competências regulatórias suficientes e em quem, em última análise, os regulados confiem.

O aspecto da confiança encontra-se ligado ao da transparência e é de extrema importância para os regulados, não só por causa da necessária estabilidade do quadro regulatório, mas também por causa de valores como a justiça, a imparcialidade e a igualdade que se revelam cruciais numa área em que são recorrentes fenómenos como os da captura do regulador pelos regulados.

Neste contexto, e conforme referimos acima ⁽¹³³³⁾, nota-se uma marcada preferência, nos últimos anos, pela concentração de poderes regulatórios em entidades com competências sectoriais, independentes não só dos operadores, mas também do poder político. O sector da energia não é uma excepção nesta matéria. Aliás, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) foi mesmo uma das primeiras autoridades reguladoras independentes a ser criada no nosso País.

A regulação da energia não é, porém, uma tarefa apenas de entidades nacionais, sendo igualmente levada a cabo pelas instituições comunitárias, o que torna absolutamente vital a existência de uma adequada coordenação quer entre os Estados-Membros, quer ao próprio nível da União.

Deste modo, podemos dizer que o primeiro grande desafio da regulação do mercado energético em termos institucionais é, desde logo, a articulação entre os vários actores institucionais no quadro de um sistema de regulação que se caracteriza por ser multi-nível, com relações não só verticais, mas também horizontais. No primeiro caso, trata-se da interacção entre reguladores supranacionais (ao nível comunitário) e reguladores nacionais (que fazem parte do Estado-Membro). No segundo, está em causa a interacção entre reguladores colocados no mesmo nível (nomeadamente, autoridades sectoriais e autoridades de concorrência nacionais).

A existência de um sistema regulatório multi-nível é, por conseguinte, fonte de complexidade acrescida. Com efeito, a falta de cooperação entre o nível superior e o nível inferior, bem como a falta de cooperação dentro de cada um destes níveis pode acabar por comprometer os objectivos da regulação. Este risco torna-se efectivo quando os objectivos dos diversos reguladores não coincidem ou apenas coincidem

⁽¹³³³⁾ Cfr. capítulo 3.3., Parte II, *supra*.

parcialmente. A isto acresce ainda o facto de a divisão de competências e de poderes regulatórios, para além de potenciar a fragmentação do poder regulatório, tornar também mais difícil a responsabilização de cada uma das entidades envolvidas.

A multiplicidade de reguladores reduz, no entanto, o risco de captura dos mesmos, uma vez que aumentam, neste caso, os custos que os grupos de pressão têm de suportar para condicionar a acção pública.

Neste contexto, de descentralização regulatória, torna-se assim absolutamente fundamental assegurar uma correcta definição das atribuições, bem como das competências de cada regulador, garantindo, sempre que necessário, a existência de uma estreita colaboração entre estes, devendo esta ser definida em termos claros e objectivos.

São exemplos desta colaboração (na forma de uma regulação concorrente positiva ⁽¹³³⁴⁾) a certificação dos operadores das redes de transporte de electricidade e de gás natural e a aprovação de derrogações ao regime de acesso de terceiros no caso da construção de novas infra-estruturas de gás natural.

Com efeito, em relação ao primeiro caso, a certificação do operador da rede de transporte, feita pela ERSE, tendo em vista o cumprimento das condições relativas à separação jurídica e patrimonial, é precedida de parecer da Comissão Europeia ⁽¹³³⁵⁾. Já em relação ao segundo exemplo, a decisão de aprovação de uma derrogação da autoridade nacional pode ser modificada ou anulada pela Comissão Europeia ⁽¹³³⁶⁾.

A progressiva abertura do mercado de energia à concorrência e a sua cada vez maior liberalização acabam por colocar, porém, também outros desafios, desde logo, quanto ao âmbito de competências das autoridades reguladoras.

Com efeito, com o fim das tarifas reguladas de venda de energia e não obstante a manutenção das tarifas de acesso às infra-estruturas, o papel da ERSE passa a ser, sobretudo, um papel de garante do correcto funcionamento do mercado. Significa isto que a completa liberalização do mercado acaba por alterar o modelo de regulação que passa a focar-se, cada vez mais, na monitorização e na supervisão do funcionamento do mercado, em vez do condicionamento da actividade dos operadores económicos.

⁽¹³³⁴⁾ Em que é necessária a autorização de diferentes entidades (cfr. GUISEPPE BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 302).

⁽¹³³⁵⁾ Cfr. artigos 25.º-A, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e 21.º-A, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

⁽¹³³⁶⁾ Cfr. art. 36.º, n.º 9 da Directiva 2009/73/CE. Apesar de a transposição desta norma para a nossa legislação ter sido incompleta, uma vez que não contempla este segmento relativo à intervenção da Comissão Europeia, a mesma deve considerar-se directamente aplicável no nosso ordenamento jurídico.

Isto acabará por exigir uma maior articulação entre a Autoridade da Concorrência e a ERSE, com o que aumenta, por sua vez, o risco de maior tensão (conflito de competências) entre estas duas entidades.

Em nossa opinião, este conflito é, no entanto, apenas aparente, uma vez que estão em causa entidades com preocupações diferentes. Efectivamente, de um lado encontram-se, essencialmente, preocupações ligadas a questões de eficiência económica e de competitividade, enquanto do outro lado encontram-se, para além destas preocupações, também preocupações sociais.

Entretanto, o Terceiro Pacote Energético da União Europeia, aprovado em 2009, trouxe também novidades importantes em relação ao quadro institucional do sector energético. Com efeito, para além de se ter aproveitado para reforçar a independência das autoridades reguladoras nacionais e de se terem fortalecido os seus poderes, assistiu-se igualmente à criação de uma autoridade reguladora europeia com competências específicas em matéria de energia, a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (ACER), a que já nos referimos anteriormente ⁽¹³³⁷⁾. Paralelamente foram também estabelecidas a Rede Europeia dos Operadores das Redes de Transporte de Electricidade (REORT para a electricidade) e a Rede Europeia dos Operadores das Redes de Transporte de Gás Natural (REORT para o Gás) a quem foram atribuídas importantes competências em matéria de elaboração dos códigos de rede, que desempenham um papel crucial no comércio transfronteiriço destas fontes de energia.

Nos próximos capítulos analisaremos, mais em pormenor, estes e outros aspectos a propósito dos diferentes níveis de regulação no sector da energia.

3.1. O nível supranacional. A Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (ACER)

Uma das premissas essenciais para o desenvolvimento de um mercado único europeu de energia é a aplicação coerente e harmonizada da legislação comunitária em todos os Estados-Membros.

Para tal, é necessário assegurar não só a correcta aplicação daquela legislação individualmente por cada Estado, mas também garantir uma adequada articulação entre os próprios Estados-Membros.

Deste modo, e depois de uma fase inicial assente na mera coordenação e colaboração entre os diferentes Estados-Membros (sem grandes resultados práticos

⁽¹³³⁷⁾ Cfr. capítulo 3.2.1., Parte II, *supra*.

diga-se), assistimos mais recentemente a um fenómeno que, em nossa opinião, apela à centralização de alguns poderes regulatórios no nível supranacional, seja na Comissão, seja na recém-criada Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (ACER) ⁽¹³³⁸⁾.

A ACER vem, assim, substituir o Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás (ERGEG), criado em 2003, para facilitar a consulta, coordenação e cooperação entre as instâncias reguladoras nos Estados-Membros e entre essas mesmas instâncias e a Comissão, com vista a consolidar o mercado interno e assegurar a aplicação coerente em todos os Estados-Membros da legislação comunitária em matéria de energia ⁽¹³³⁹⁾.

Recorde-se que o ERGEG representou, já à data da sua criação, uma evolução em relação às plataformas instituídas pelos Fóruns de Florença (electricidade) e de Madrid (gás natural) no final da década de noventa do século passado. Com efeito, estes fóruns reuniam, numa base marcadamente informal e assente numa colaboração meramente voluntária, autoridades públicas, organismos reguladores e indústria tendo constituído uma primeira forma de abordagem comum de questões relevantes para as transacções transfronteiriças de electricidade e de gás natural, respectivamente.

O avanço verificado em relação às estruturas institucionais do nível supranacional é consentâneo com os resultados (ou com a falta deles) verificados em termos da evolução do mercado interno de energia.

Deste modo, diferentemente do ERGEG que era, apenas, um grupo consultivo, sem poderes vinculativos, a ACER é um organismo comunitário dotado de personalidade jurídica. A função da ACER é assistir as autoridades reguladoras nacionais no exercício das suas funções de regulação a nível comunitário e, se necessário, coordenar a sua actuação. Para tal, a ACER conta com um Conselho de Administração, um Conselho de Reguladores, um Director e uma Câmara de Recurso.

O Conselho de Administração é nomeado pela Comissão, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho (artigo 12.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009). Já o Conselho de Reguladores é composto por altos representantes das autoridades reguladoras nacionais e por um representante da Comissão sem direito a voto (artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009). O Director, por sua vez, é nomeado pelo Conselho de Administração, após parecer favorável do Conselho de Reguladores, com base no seu mérito, competência e experiência relevante no sector da energia, a partir

⁽¹³³⁸⁾ Criada pelo Regulamento (CE) n.º 713/2009, de 13 de Julho do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁽¹³³⁹⁾ Cfr. Decisão da Comissão 2003/796/CE, de 11 de Novembro de 2003.

de uma lista de pelo menos três candidatos propostos pela Comissão, na sequência de um convite público à manifestação de interesse (artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009). Finalmente, a Câmara de Recurso é composta por seis membros efectivos e seis suplentes seleccionados de entre os actuais ou antigos quadros superiores das entidades reguladoras nacionais, autoridades da concorrência ou outras instituições nacionais ou comunitárias com experiência relevante no sector da energia (artigo 18.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009).

A composição destes órgãos reflecte, assim, uma preocupação evidente em encontrar um equilíbrio entre os diferentes interesses em presença, nomeadamente entre os interesses supranacionais e os interesses nacionais. Não obstante, os membros de qualquer um destes órgãos devem esforçar-se sempre por agir com independência e não solicitar nem receber instruções de qualquer Governo de um Estado-Membro, da Comissão ou de qualquer outra entidade pública ou privada.

Em relação aos actos praticados pela ACER, para além de emitir pareceres e dirigir recomendações ao Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão, bem como às autoridades reguladoras nacionais, a Agência aconselha também os operadores das redes de transporte de electricidade e de gás natural na sua actividade (artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009). Aliás, em matéria de acesso às redes de transporte, a ACER emite mesmo orientações-quadro não vinculativas para o desenvolvimento de códigos de rede (artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009).

O principal destaque vai, no entanto, para as decisões individuais que a Agência aprova em matéria de questões técnicas (sempre que tais decisões estejam previstas na Directiva 2009/72/CE, na Directiva 2009/73/CE, no Regulamento (CE) n.º 714/2009 ou no Regulamento (CE) n.º 715/2009) ou sobre os termos e condições de acesso e de segurança de funcionamento de uma infra-estrutura de electricidade ou de gás que ligue ou possa ligar pelo menos dois Estados-Membros ou ainda em matéria de isenções quanto a novas interligações eléctricas ou novas infra-estruturas importantes no sector do gás natural quando estas se localizem no território de mais de um Estado-Membro (artigos 7.º, 8.º e 9.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 713/2009).

Com efeito, a prática destes actos individuais, com efeitos vinculativos para os seus destinatários, parece contrariar a visão tradicional de que o nível supranacional se limita a regular os reguladores nacionais, deixando para estes a tarefa de regular as empresas e os indivíduos.

Esta mudança parece indiciar, portanto, uma centralização de alguns poderes regulatórios no nível superior ⁽¹³⁴⁰⁾ que não se limita, no entanto, apenas à resolução de questões transfronteiriças, embora tenha aí o seu campo de actuação preferencial.

Efectivamente, a actuação da ACER (e da Comissão) pode ter também lugar em situações que têm apenas efeitos internos, ao nível de um determinado Estado-Membro.

Veja-se o artigo 43.º, n.º 1 da Directiva 2009/73/CE, em que se prevê que a Comissão ou uma entidade reguladora nacional podem pedir o parecer da Agência sobre a conformidade de uma decisão tomada por outra entidade reguladora com as orientações a que se refere a Directiva ou com o Regulamento (CE) n.º 715/2009 (relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural) ⁽¹³⁴¹⁾.

Por outro lado, de acordo com o artigo 41.º, n.º 1, al. e), da Directiva 2009/73/CE, as autoridades reguladoras nacionais encontram-se também agora obrigadas a relatar anualmente a sua actividade e o cumprimento das suas obrigações não só às autoridades competentes dos Estados-Membros, como à ACER e à Comissão ⁽¹³⁴²⁾. Deste modo, passam a ser controladas directamente não só pelos órgãos nacionais, mas também pelas instituições comunitárias.

A necessidade de colaboração entre autoridades reguladoras nacionais e a ACER fica, aliás, bem patente após a aprovação do Regulamento (CE) n.º 1227/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativo à integridade e à transparência nos mercados grossistas de energia. Com efeito, os poderes atribuídos à ACER neste domínio são bastante significativos, nomeadamente no que toca à coordenação da actuação das autoridades reguladoras nacionais em matéria de aplicação deste regulamento comunitário ⁽¹³⁴³⁾.

Naturalmente que a ampliação dos poderes da ACER, quando comparados com os poderes bastante limitados do ERGEG que se limitava a emitir pareceres e recomendações, sem carácter vinculativo, traz à colação a discussão em torno da legitimidade democrática deste tipo de instituições comunitárias. Com efeito, esta é uma questão que tem sido, sobretudo, discutida a nível interno, a propósito dos

⁽¹³⁴⁰⁾ E a que já nos referimos acima, no capítulo 3.2.1., da Parte II.

⁽¹³⁴¹⁾ Cfr. o art. 39.º, n.º 1 da Directiva 2009/72/CE para o sector da electricidade que tem idêntica redacção. Se a entidade reguladora, que tomou a decisão, não cumprir o parecer da Agência e a Comissão decidir continuar a avaliar a questão, esta última pode inclusivamente vir a emitir uma decisão vinculativa a exigir que a entidade reguladora em causa retire a sua decisão por considerar que as orientações não foram cumpridas (cfr. art. 43.º, n.º 6, al. b) da Directiva 2009/73/CE).

⁽¹³⁴²⁾ O relatório em causa deve abranger as medidas tomadas e os resultados obtidos no que respeita a cada uma das funções enunciadas no art. 41.º da Directiva 2009/73/CE (cfr. art. 37.º, n.º 1, al. e) da Directiva 2009/72/CE para o sector da electricidade).

⁽¹³⁴³⁾ Cfr. art. 16.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1227/2011.

poderes das autoridades reguladoras independentes, mas que se coloca da mesma forma, nestas condições, no nível supranacional com a proliferação de agências reguladoras europeias.

A discussão deste tópico levar-nos-ia, no entanto, para caminhos que se afastam do tema da nossa dissertação. Em todo o caso, não podemos deixar de notar que, face à composição dos órgãos que fazem parte da ACER, e muito em particular do Conselho de Reguladores, a legitimidade democrática (assente num modelo de legitimidade representativa) destes órgãos é apenas indirecta, para não dizer remota.

Estes aspectos são, no entanto, atenuados pela especial preparação técnica e científica dos membros que compõem estes órgãos e que os fazem especialmente aptos a lidar com as questões altamente complexas, e a maior parte das quais técnica, que lhes são colocadas.

Por outro lado, merece também destaque a referência constante no Regulamento (CE) n.º 713/2009, que institui a ACER, à realização de consultas alargadas a todos os interessados (operadores de mercado, operadores de redes de transporte, consumidores, utilizadores finais e, quando apropriado, às autoridades da concorrência) previamente à prática dos seus actos, sobretudo das “orientações-quadro” em matéria de condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e de gás natural, para além da obrigação de publicação dos relatórios e documentos produzidos no desempenho das suas funções, bem como das actas das reuniões dos seus órgãos (artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009).

Trata-se, portanto, de uma forma de legitimidade procedimental que pode ser invocada para “compensar” a eventual falta de legitimidade representativa dos órgãos da ACER.

A questão da legitimidade democrática encontra-se, por sua vez, intimamente ligada à questão do controlo político e jurisdicional da actividade destas entidades. Com efeito, qualquer instituição democrática deve ser passível de fiscalização, sujeitando-se ao escrutínio público (ainda que indirecto, por via de órgãos dotados de competência para tal).

Em relação ao controlo político, prevê-se, no caso da ACER, que o Director elabore anualmente um projecto de programa de trabalho da Agência para o ano seguinte, que apresenta ao Conselho de Administração, ao Parlamento Europeu e à Comissão (artigo 17.º, n.º 6 do Regulamento (CE) n.º 713/2009). Por sua vez, o Conselho de Administração da ACER comunica também o relatório anual de actividades da Agência ao Parlamento Europeu, ao Conselho, à Comissão, ao Tribunal de Contas, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões

(artigo 13.º, n.º 12 do Regulamento (CE) n.º 713/2009), permitindo, assim, a fiscalização da sua actividade.

Quanto ao controlo jurisdicional, o mesmo encontra-se também expressamente previsto (artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009).

No caso de ser interposto recurso das decisões individuais praticadas pela ACER este é apreciado, numa primeira fase, pela Câmara de Recurso que funciona como uma espécie de (ante) câmara de sábios. Os interessados podem, no entanto, interpor recurso das decisões da Câmara de Recurso, ou nos casos em que a Câmara de Recurso não tenha competência para se pronunciar, da Agência, para o Tribunal Geral ou para o Tribunal de Justiça (artigo 20.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 713/2009). Na falta de decisão da Agência, pode ser também interposto recurso por omissão para o Tribunal Geral ou para o Tribunal de Justiça (artigo 20.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 713/2009).

Em suma, a ACER representa um modelo jurídico novo e completamente diferente de regulador supranacional.

A evolução do mercado interno de energia parece ter merecido, assim, a aposta neste novo tipo de actor institucional que rompe (ao que tudo indica definitivamente) com os modelos mais conservadores, assentes numa cooperação meramente voluntária entre os diferentes Estados-Membros. Não deixa de ser, no entanto, curioso que esse modelo tenha sido instituído no sector da energia, mas que ainda não tenha sido implementado no sector das comunicações electrónicas (pioneiro no processo de liberalização), onde as negociações para a criação de uma agência reguladora desta tipo acabaram por fracassar.

Resta-nos, portanto, aguardar pelo futuro para ver até que ponto estamos diante de um novo tipo de distribuição de competências entre o nível supranacional e o nível nacional, muito em especial se se verifica uma (efectiva) centralização de poderes regulatórios no nível superior como forma de garantir a aplicação uniforme da legislação comunitária em matéria de energia.

3.2. O nível nacional

Em relação ao nível nacional, existem vários reguladores com competências na área da energia. Com efeito, para além da ERSE que é a autoridade reguladora por excelência do sector, existem igualmente outras entidades com competências importantes nesta matéria, são elas a Direcção-Geral de Geologia e Energia (DGEG),

a Autoridade da Concorrência e a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM) ⁽¹³⁴⁴⁾.

A análise, ainda que superficial, deste elenco de entidades permite-nos, desde já, retirar duas conclusões: a primeira é a de que temos reguladores independentes com competências sectoriais específicas, como a ERSE e a CMVM, a par de reguladores independentes com competências transversais a todos os sectores da actividade económica como é o caso da Autoridade da Concorrência; e a segunda é a de que, ao contrário do que se poderia pensar, a regulação do sector da energia, a nível nacional, não é levada a cabo apenas por autoridades reguladoras independentes, sendo também realizada por órgãos e serviços da Administração Directa do Estado, como é o caso da DGEG que continua a ter um papel decisivo neste sector.

Destas duas conclusões, a segunda é aquela que mais surpreende. Não, naturalmente, pelo facto de se constatar que a DGEG é uma entidade reguladora – afinal, esse é um facto que não tem nada de novo, sendo já tradição, na nossa organização administrativa, atribuir a um serviço da Administração Directa competências regulatórias em matéria de energia -, mas sim por se verificar, em concreto, que apesar do movimento de forte expansão, nos últimos anos, de autoridades reguladoras independentes nos sectores dos serviços de interesse económico geral, estas continuam a não deter o monopólio da regulação a nível nacional.

Assim, e não obstante a superação do modelo do Estado empresário, que era simultaneamente agente de mercado e regulador, ser hoje um facto incontornável, isto não significa, no entanto, que essa superação tenha sido absoluta.

Ora, o sector da energia é um desses casos em que, apesar do papel central da ERSE, que simboliza o rosto de uma nova administração independente do poder político (e dos operadores), algumas funções regulatórias continuam a ser desempenhadas pelo Estado (Administração Directa) que, por isso, mantém, ainda que de forma limitada, essa dupla posição de agente de mercado e de regulador. Com a implementação do programa de privatizações na área da energia, a figura do Estado como agente económico tende a ser, porém, cada vez mais, uma figura meramente residual.

⁽¹³⁴⁴⁾ Cfr. art. 57.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e art. 51.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

A questão da independência dos reguladores nacionais de energia em relação ao Governo mereceu, recentemente, no entanto, nova atenção da parte das instituições comunitárias.

Deste modo, depois de um período inicial em que a Comissão Europeia esteve mais preocupada em assegurar a independência dos reguladores nacionais em relação aos interesses do sector ⁽¹³⁴⁵⁾, sobretudo num contexto em que ainda subsistiam muitos monopólios públicos nacionais, o Terceiro Pacote Energético trouxe novidades importantes nesta matéria.

Com efeito, de acordo com o preâmbulo das Directivas aprovadas em 2009, “a experiência demonstra que a eficácia da regulação é frequentemente condicionada por falta de independência dos reguladores em relação ao governo e por insuficiência de competências e poderes”. Assim, exige-se agora aos Estados-Membros que assegurem que os reguladores são totalmente independentes de quaisquer interesses não só privados, mas também públicos.

Para o efeito, cada Estado-Membro deve assegurar que, no exercício das suas funções, as entidades reguladoras são (a) juridicamente distintas e funcionalmente independentes de qualquer outra entidade pública ou privada e (b) o seu pessoal e as pessoas responsáveis pela sua gestão agem de forma independente de qualquer interesse de mercado, não solicitando, nem recebendo instruções directas de qualquer entidade governamental ou outra, pública ou privada ⁽¹³⁴⁶⁾.

Por outro lado, aproveitou-se igualmente para harmonizar os poderes das entidades reguladoras nacionais, reforçando-os. Deste modo, segundo as novas Directivas, as entidades reguladoras nacionais devem ter competência para emitir decisões vinculativas, fixar ou aprovar as tarifas ou os métodos de cálculo destas, conduzir inquéritos e investigações, bem como aplicar sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas aos agentes de mercado, sejam eles públicos ou privados.

A ideia de que a regulação deve estar confiada a um órgão completamente independente do Governo de forma a salvaguardar a estabilidade do quadro regulatório, bem como dos investimentos privados, pode ser, no entanto, posta em causa, entre nós, com os poderes regulatórios de que a DGEG ainda dispõe.

Com efeito, temos dúvidas se a manutenção de certas competências regulatórias na DGEG, que integra a Administração Estadual Directa, respeita

⁽¹³⁴⁵⁾ Vejam-se as duas primeiras gerações de Directivas de energia em que se exigia “apenas” que os Estados-Membros designassem autoridades independentes dos interesses do sector para regular as condições de acesso e garantir uma concorrência efectiva e o bom funcionamento do mercado.

⁽¹³⁴⁶⁾ Cfr. art. 35.º, n.º 4 da Directiva 2009/72/CE e art. 39.º, n.º 4 da Directiva 2009/73/CE.

integralmente aqueles normativos. Em causa estão competências importantes que, noutros sectores, estão entregues a autoridades reguladoras independentes, como as relativas à atribuição ou ao reconhecimento de títulos de exercício das actividades, por exemplo ⁽¹³⁴⁷⁾.

Situação diferente é a que se passa com as competências da DGEG em matéria de segurança de abastecimento que foram, entretanto, também significativamente reforçadas.

Com efeito, a importância que o tema da segurança do abastecimento energético assume nos dias de hoje, faz com que esta matéria fique directamente na alçada da Administração Directa do Estado.

Trata-se de um aspecto confirmado pelo Regulamento (UE) n.º 994/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro, que estabelece as medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento de gás. Efectivamente, de acordo com este regulamento comunitário nada impede que a autoridade responsável pela execução das medidas definidas naquele acto legislativo seja, afinal, uma autoridade governamental ⁽¹³⁴⁸⁾.

Finalmente, e para terminar este capítulo genérico sobre o quadro institucional nacional do sector da energia, temos ainda de fazer uma referência à primeira conclusão que enunciámos acima sobre a existência de reguladores com competências verticais (como a ERSE) e de um regulador com competências horizontais (a Autoridade da Concorrência).

Com efeito, neste panorama não será difícil de antever, sobretudo numa fase em que o mercado da energia caminha, a passos largos, para a sua liberalização, a existência de futuros potenciais conflitos entre estes dois tipos de reguladores.

Nesta matéria, o sector encontra-se fundamentalmente organizado, no nosso País, em torno de dois princípios: o princípio da especialidade, de acordo com o qual o Direito da Regulação prevalece sobre o Direito da Concorrência e o princípio da aplicação horizontal ou centralizada do Direito da Concorrência pela Autoridade da Concorrência.

Interessa-nos agora em particular o segundo princípio, uma vez que é este que disciplina as relações entre as autoridades reguladoras sectoriais e a autoridade da concorrência.

⁽¹³⁴⁷⁾ Nomeadamente em matéria de registo de comercializadores ou de atribuição de licenças quer no caso da electricidade, quer do gás natural – cfr. art. 2.º, n.º 2, al. g) do Decreto-Lei n.º 151/2012, de 12 de Julho que aprova a lei orgânica da DGEG. Vejam-se, paralelamente, as competências do ICP-ANACOM neste domínio quer no sector das comunicações electrónicas, quer dos serviços postais.

⁽¹³⁴⁸⁾ Cfr. art. 2.º, n.º 2 do Regulamento (UE) n.º 994/2010.

Deste modo, segundo este princípio, cabe à Autoridade da Concorrência aplicar o regime jurídico da concorrência (¹³⁴⁹), enquanto à ERSE cabe aplicar a legislação de energia. Este quadro torna-se, porém, mais complexo se ao nível nacional de reguladores, sobrepusermos o nível supranacional, juntando a Comissão Europeia e a ACER. A nossa análise vai ater-se, no entanto, apenas às relações estabelecidas no nível nacional, que o mesmo é dizer à aplicação do direito nacional (da concorrência e da energia).

Ora, apesar da simplicidade da formulação do princípio da aplicação horizontal do Direito da Concorrência, a verdade é que se verifica, cada vez mais, sobretudo a partir da aprovação do Terceiro Pacote Energético, o “perigo” de sobreposição de competências, em matéria de concorrência, entre reguladores sectoriais e o regulador horizontal.

Com efeito, por influência do Direito da União Europeia, a tendência mais recente parece ser no sentido da expansão dos poderes das autoridades reguladoras sectoriais para domínios que tradicionalmente pertenciam às autoridades da concorrência.

Basta atentar nos objectivos gerais da ERSE como a *“promoção de um mercado interno de electricidade e de gás natural concorrencial”* e a *“garantia de que os clientes beneficiam do funcionamento eficiente do mercado, através da promoção de uma concorrência efectiva e da garantia de protecção dos consumidores”* (¹³⁵⁰). Compete, assim, à ERSE, entre outras, *“supervisionar o nível de transparência do mercado, incluindo os preços, a existência de subvenções cruzadas entre actividades, a qualidade de serviço e a ocorrência de práticas contratuais restritivas”* (¹³⁵¹).

Parece contrariar-se, assim, desta forma, a ideia do progressivo esvaziamento das competências das autoridades reguladoras sectoriais a favor das autoridades da

(¹³⁴⁹) Com efeito, estabelece-se no artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (diploma que aprova o novo Regime Jurídico da Concorrência) que *“o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação”*. Por outro lado, dispõe-se também no art. 17.º, n.º 3 do mesmo diploma que *“as autoridades administrativas independentes têm o dever de participar à Autoridade da Concorrência os factos de que tomem conhecimento, susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência”*.

(¹³⁵⁰) Cfr. art. 51-A.º, alíneas a) e f) do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012 e art. 57.º-A, alíneas a) e f) do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012.

(¹³⁵¹) Cfr. art. 52.º, al. h) do Decreto-Lei n.º 30/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 230/2012 e art. 58.º, al. h) do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012.

concorrência, à medida que o processo de liberalização vai avançando. Estamos, portanto, perante uma verdadeira regulação para a concorrência ⁽¹³⁵²⁾.

Como coordenar, no entanto, a actuação da ERSE com a actuação da Autoridade da Concorrência quando esteja em causa a aplicação do Direito da Concorrência?

Com efeito, conforme referimos, de acordo com o Regime Jurídico da Concorrência compete à Autoridade da Concorrência a aplicação horizontal do Direito da Concorrência. Este sistema de aplicação horizontal é, por sua vez, complementado com mecanismos de colaboração entre esta entidade e as autoridades reguladoras sectoriais, os quais se encontram previstos em matéria de práticas restritivas da concorrência e de operações de concentração de empresas ⁽¹³⁵³⁾. Prevê-se, assim, nestes dois casos, a emissão de um parecer pela autoridade reguladora sectorial previamente à adopção de uma decisão pela Autoridade da Concorrência.

Segundo o artigo 35.º, n.º 3 do Regime Jurídico da Concorrência sempre, no entanto, que, no âmbito das respectivas atribuições, uma autoridade reguladora sectorial aprecie, oficiosamente ou a pedido de entidades reguladas, questões que possam configurar uma violação do disposto na lei da concorrência, deve dar de imediato conhecimento à Autoridade da Concorrência, juntando informação dos elementos essenciais. Neste caso, a autoridade reguladora sectorial não está impedida de adoptar, ela própria, uma decisão final, devendo, porém, dar conhecimento do projeto da mesma à Autoridade da Concorrência, para que esta se pronuncie no prazo que lhe for fixado.

Chama-se, assim, aqui à colação o segundo princípio que enunciámos acima e que é o princípio da especialidade. Com efeito, sempre que mercê da aplicação do Direito da Regulação (da energia) um determinado comportamento de um operador puser em causa o cumprimento dos objectivos da promoção da concorrência e da defesa do mercado que a ERSE está obrigada a defender, é esta entidade que deve actuar, aplicando o Direito da Regulação, enquanto lei especial, em detrimento do Direito da Concorrência, lei geral.

Resta ver como funcionarão estes dois princípios (o princípio da especialidade e o princípio da aplicação horizontal do Direito da Concorrência) no futuro, num contexto de cada vez maior liberalização do mercado da energia e, simultaneamente, de reforço

⁽¹³⁵²⁾ JOSÉ MANUEL SALA ARQUER, “Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia”, in AAVV, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, JAVIER GUILLÉN CARAMÉS (director), Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2011, p. 52.

⁽¹³⁵³⁾ Cfr. artigos 35.º e 55.º da Lei n.º 19/2012 e art. 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro (Estatutos da ERSE).

das competências da ERSE em matéria de supervisão do mercado por influência do Direito da União Europeia.

Em nossa opinião, tudo se conjuga para um domínio cada vez maior da ERSE, que tenderá a assumir o papel central na regulação do sector, em detrimento de reguladores tradicionais, como a DGEG, suplantando também a Autoridade da Concorrência, inclusivamente numa fase em que se poderia esperar um papel mais forte desta entidade com a abertura do mercado.

3.2.1. A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)

A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) foi criada em 1995, através do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho. Na sua versão original, a entidade era ainda designada por Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, uma vez que só em 2002, ou seja, sete anos mais tarde, juntaria à regulação da electricidade, a regulação do gás natural.

Pode ler-se, assim, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril que esta solução, de junção numa mesma entidade das actividades de regulação da electricidade e do gás natural, foi no sentido da evolução verificada também noutros Estados-Membros, justificando-se plenamente *“porquanto, existindo entre estas actividades um conjunto de afinidades relacionadas com o modo e a condição do seu exercício, importa conferir-lhe uma unidade e uma coerência harmonizadora na aplicação dos princípios que lhes são comuns, sem deixar de ter em conta as especificidades de cada um”*.

A ERSE foi, aliás, uma das primeiras autoridades reguladoras independentes a ser criada no nosso País. Conforme tivemos já oportunidade de referir atrás ⁽¹³⁵⁴⁾, preferimos esta designação (autoridade reguladora independente) à designação constitucional de entidade administrativa independente (artigo 267.º, n.º 3 da Constituição), pelo facto de a mesma não associar estas entidades a nenhum poder em concreto (no caso, o poder executivo), colocando, por outro lado, a ênfase na sua independência.

Com efeito, um dos principais traços característicos da ERSE é precisamente a sua independência (pelo menos em termos teóricos) em relação ao poder político, bem como relativamente aos agentes do mercado. A esta característica junta-se ainda a especial preparação técnica e científica dos membros que compõem os seus órgãos

⁽¹³⁵⁴⁾ Cfr. capítulo 3.3., Parte II, *supra*.

para lidar com questões altamente complexas, como são as questões ligadas à regulação do mercado da energia.

Os Estatutos da ERSE foram, entretanto, objecto de uma profunda revisão na sequência da aprovação da terceira geração de directivas comunitárias em matéria de energia ⁽¹³⁵⁵⁾.

As alterações destinaram-se, fundamentalmente, a dar acolhimento às várias transformações que resultaram da evolução desta categoria de entidades ao longo dos últimos anos e em particular ao reforço das suas competências que resultam, concretamente, no caso do sector da energia, da legislação comunitária mais recente.

3.2.1.1. Atribuições e competências

A lei enumera um vasto conjunto de atribuições da ERSE ⁽¹³⁵⁶⁾. Estas podem, no entanto, resumir-se, fundamentalmente, ao seguinte: proteger os direitos e interesses dos consumidores em relação a preços e qualidade de serviço; implementar a liberalização do sector eléctrico, bem como do sector do gás natural; fomentar a existência de um mercado concorrencial e, finalmente, assegurar a objectividade das regras de regulação e a transparência das relações comerciais entre operadores e entre estes e os consumidores.

Deste modo, para além de fins económicos (promoção da concorrência e da eficiência económica), a ERSE prossegue também fins sociais (protecção dos consumidores, nomeadamente dos consumidores mais vulneráveis, e promoção da continuidade e da qualidade do serviço).

Para tal, a ERSE, através dos seus órgãos, dispõe de um amplo leque de competências que vai desde a emissão de regulamentos e de decisões vinculativas, passando pela monitorização e supervisão do mercado, à aplicação de sanções e à resolução de litígios entre os intervenientes no sector.

As competências da ERSE são, portanto, de natureza regulamentar, de regulação e supervisão, consultivas, sancionatórias e de arbitragem ⁽¹³⁵⁷⁾.

⁽¹³⁵⁵⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, que alterou o Decreto-Lei n.º 97/2002. Entretanto também, em reunião do Conselho de Ministros de 21 de Março de 2013, foi aprovada uma nova alteração aos Estatutos da ERSE que, no momento em que escrevemos, ainda não foi tornada pública, mas que deverá seguir as linhas da proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo (cfr. proposta de lei n.º 132/XII (2.ª), publicada no Diário da Assembleia da República de 14 de Março de 2013).

⁽¹³⁵⁶⁾ Cfr. art. 3.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro (Estatutos da ERSE).

⁽¹³⁵⁷⁾ Cfr. art. 8.º, n.º 2 dos Estatutos da ERSE.

No primeiro caso, está em causa a aprovação de regulamentos destinados à aplicação da legislação que regula a organização e o funcionamento dos sectores da electricidade e do gás natural. Estes regulamentos têm eficácia externa e vinculam directamente os seus destinatários.

Os poderes de regulação e de supervisão dizem respeito, entre outros, à aprovação de tarifas, bem como à prática de actos vinculativos e à emissão de ordens, instruções e recomendações, e ainda à fiscalização do cumprimento, por parte dos regulados, das leis, regulamentos e decisões que lhes sejam aplicáveis.

Em relação às competências consultivas, as mesmas prendem-se com a emissão de pareceres no âmbito das atribuições da ERSE, os quais não são, no entanto, vinculativos, salvo disposição legal em contrário ⁽¹³⁵⁸⁾.

Quanto às competências sancionatórias da ERSE, encontram-se sujeitas ao seu poder sancionatório todas as entidades intervenientes no Sistema Eléctrico Nacional (SEN) e no Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), cujas atividades estejam sujeitas à regulação da ERSE. O exercício destas competências está desenvolvido na Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro que aprovou o regime sancionatório do sector energético.

Finalmente, em matéria de resolução de conflitos, cabe à ERSE efectuar acções de conciliação ou promover o recurso à arbitragem sempre que tal esteja previsto na lei ou mediante solicitação dos interessados, bem como tomar conhecimento das queixas dos clientes e adoptar as providências necessárias.

Neste conjunto de competências, encontramos quer poderes vinculados, quer poderes discricionários. Assim, enquanto os poderes de regulação e de supervisão são tendencialmente discricionários (atribuindo-se ao regulador uma maior margem de apreciação em relação à oportunidade e/ou conveniência de exercer estes poderes), as competências sancionatórias são, por princípio, vinculadas. Tem-se defendido, no entanto, a necessidade de se reconhecer uma maior liberdade de apreciação aos reguladores, inclusivamente, em matéria sancionatória, atendendo à constante e permanente evolução das condições de mercado que podem estar por detrás de uma infracção. Aliás, este aspecto parece ter tido acolhimento na Lei n.º 9/2013, desde logo, na tipificação das contra-ordenações que é feita em termos manifestamente amplos. Trata-se, porém, de uma área que pelas suas particulares especificidades, em virtude da sua relação com o Direito Penal, optámos por deixar fora da nossa análise.

A forma de exercício destes poderes funcionais encontra-se intimamente ligada, por sua vez, ao modelo institucional adoptado para a ERSE.

⁽¹³⁵⁸⁾ Cfr. art. 17.º dos Estatutos da ERSE.

3.2.1.2. Modelo institucional

A ERSE tem quatro órgãos: um Conselho de Administração, um Fiscal Único, um Conselho Consultivo e um Conselho Tarifário.

De acordo com as Directivas de 2009, e de forma a garantir a independência das autoridades reguladoras nacionais, os Estados-Membros devem assegurar *“um sistema de rotação apropriado no órgão de administração ou no nível superior de gestão”*, bem como que *“os gestores a nível superior só possam ser demitidos das suas funções durante o seu período de mandato pelo facto de terem deixado de satisfazer as condições estabelecidas ou tenham sido responsáveis por má conduta nos termos da legislação nacional”* ⁽¹³⁵⁹⁾.

Os Estatutos da ERSE procuram dar corpo a estas exigências, através da consagração de um modelo institucional assente na independência orgânica dos membros dos seus órgãos.

Deste modo, estabelecem-se regras sobre a nomeação dos membros do Conselho de Administração (que é o órgão responsável pela definição, orientação, condução e acompanhamento das actividades da ERSE), bem como sobre a duração do seu mandato e as condições em que o mesmo pode ser renovado ou cessar.

Assim, os membros do Conselho de Administração da ERSE são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área da energia, devendo possuir qualificações adequadas e reconhecida independência e competência técnica e profissional na área da electricidade e do gás natural ⁽¹³⁶⁰⁾.

A lei define também, por outro lado, um conjunto de incompatibilidades e de impedimentos a que os membros do Conselho de Administração se encontram sujeitos, procurando assegurar, desta forma, a sua independência em relação aos interesses do sector, visando evitar aquilo que a doutrina anglo-saxónica designa por *“revolving-door practices”* e que se prende com a troca de lugares entre membros de órgãos de decisão de operadores económicos e membros das autoridades reguladoras independentes e vice-versa ⁽¹³⁶¹⁾. Prevê-se, nomeadamente, nesta sede,

⁽¹³⁵⁹⁾ Cfr. art. 35.º, n.º 5, al. b) da Directiva 2009/CE/72 e art. 39.º, n.º 5, al. b) da Directiva 2009/CE/73.

⁽¹³⁶⁰⁾ Cfr. art. 28.º, n.º 2 dos Estatutos.

⁽¹³⁶¹⁾ Cfr. art. 29.º dos Estatutos. Os impedimentos são inclusivamente alargados, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, a quem tenha realizado quaisquer estudos e trabalhos para as empresas dos sectores regulados, ainda que de forma independente, sobre os sectores regulados. Paralelamente alargou-se também o regime de incompatibilidades relativamente ao pessoal da ERSE, através da proibição expressa da manutenção com as entidades dos sectores regulados de qualquer espécie de vínculo ou relação de carácter profissional e da titularidade, por parte dos trabalhadores da

que mesmo após o termo do seu mandato, os membros do Conselho de Administração “*ficam impedidos, pelo período de dois anos, de estabelecer qualquer vínculo de natureza laboral, contrato de prestação de serviços ou qualquer relação, directa ou indirecta, tendo por objecto a prestação de uma actividade em benefício dos intervenientes nos sectores regulados pela ERSE, com entidades que tenham com aqueles uma relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, ou ainda com entidades que também tenham com estas últimas relações de domínio ou de grupo*” (artigo 29.º, número 4 dos Estatutos da ERSE).

O mandato dos membros do Conselho de Administração tem a duração de cinco anos, podendo ser renovado por uma vez. Os Estatutos passaram a prever, no entanto, que, em caso de nomeação simultânea de dois ou mais membros do Conselho de Administração, o termo dos respectivos mandatos não pode coincidir, devendo divergir entre eles pelo menos seis meses, através, se necessário, da limitação da duração de um ou mais dos mandatos ⁽¹³⁶²⁾.

Os membros do Conselho de Administração da ERSE são inamovíveis, não podendo ser exonerados do cargo antes de terminada a duração do mandato, salvo nos casos expressamente previstos na lei.

Em relação ao Conselho Consultivo e ao Conselho Tarifário trata-se de órgãos colegiais, compostos por representantes do Governo e dos diversos interesses (públicos e privados) do sector.

Estes órgãos auxiliam o Conselho de Administração da ERSE no exercício das suas funções, nomeadamente emitindo pareceres e recomendações não vinculativos.

No que diz respeito à independência funcional, os Estatutos da ERSE, não obstante a alteração sofrida pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, mantêm a sujeição da ERSE a tutela do Ministro da Economia e, quando for o caso, do Ministro das Finanças ⁽¹³⁶³⁾. Em causa só pode estar, no entanto, e conforme referimos na Parte II, *supra*, a propósito dos graus de independência das autoridades reguladoras independentes, uma tutela de legalidade e não também de mérito.

Em todo o caso, a referência a este poder não deixa de ser, ainda assim, um obstáculo à afirmação da completa independência desta entidade, tratando-se, portanto, de um aspecto a carecer de urgente revisão ⁽¹³⁶⁴⁾.

entidade reguladora, de quaisquer interesses de natureza patrimonial nas referidas entidades (cfr. art. 54.º, n.º 5 dos Estatutos, alterado pelo Decreto-Lei n.º 212/2012).

⁽¹³⁶²⁾ Cfr. art. 27.º, n.º 4 dos Estatutos da ERSE com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012.

⁽¹³⁶³⁾ Cfr. art. 58.º dos Estatutos.

⁽¹³⁶⁴⁾ Este é um dos pontos que, ao que tudo indica, será objecto de revisão num futuro próximo, designadamente na sequência da aprovação da Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos

Finalmente, a ERSE goza também de independência financeira, uma vez que dispõe de património próprio ⁽¹³⁶⁵⁾.

3.2.1.3. Controlo político e jurisdicional

O controlo político e jurisdicional das actividades regulatórias da ERSE é fundamental de forma a contrabalançar a independência desta entidade.

Com efeito, já vimos na Parte II desta dissertação que não está aqui em causa uma independência absoluta, mas apenas uma independência relativa, nomeadamente em relação a vínculos de natureza hierárquica ⁽¹³⁶⁶⁾. Quer isto dizer que nada impede (antes se exige) que a actividade da ERSE seja controlada por órgãos democraticamente eleitos, como a Assembleia da República e o Governo, bem como pelos Tribunais.

O termo controlo é, portanto, aqui usado unicamente como sinónimo de fiscalização e não de direcção. Assegura-se, assim, a ligação, ainda que remota, ao princípio da democracia representativa.

Em relação ao controlo político, prevê-se nos Estatutos da ERSE que esta se encontra obrigada a enviar à Assembleia da República e ao Governo um relatório anual sobre a sua actividade ⁽¹³⁶⁷⁾. Por outro lado, o Presidente do Conselho de Administração da ERSE encontra-se também obrigado a apresentar-se perante a comissão parlamentar competente, sempre que lhe seja solicitado, para prestar esclarecimentos sobre a respectiva actividade ⁽¹³⁶⁸⁾.

Permite-se, assim, que quer a Assembleia da República, quer o Governo estejam informados sobre a actividade da ERSE, fiscalizando, de perto, a mesma.

Em relação ao controlo jurisdicional, a actividade da ERSE encontra-se sujeita à jurisdição administrativa, com excepção das decisões proferidas em processos contraordenacionais que são impugnáveis, nos termos gerais, junto dos tribunais judiciais ⁽¹³⁶⁹⁾.

sectores privado, público e cooperativo (cfr. proposta de lei n.º 132/XII (2.^a), publicada no Diário da Assembleia da República de 14 de Março de 2013) – aliás, é o próprio art. 6.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 212/2012 a fazer referência a isso mesmo ao prever que os Estatutos da ERSE devem ser *“revistos e adaptados tendo em consideração o disposto na legislação enquadadora das autoridades reguladoras nacionais, no prazo máximo de 30 dias após a sua entrada em vigor”*.

⁽¹³⁶⁵⁾ Cfr. art. 53.º, n.º 1 dos Estatutos.

⁽¹³⁶⁶⁾ Cfr. Parte II, capítulo 3.3..

⁽¹³⁶⁷⁾ Cfr. art. 59.º, n.º 1 e art. 7.º-A, n.º 3 dos Estatutos da ERSE.

⁽¹³⁶⁸⁾ Cfr. art. 59.º, n.º 2 dos Estatutos.

⁽¹³⁶⁹⁾ cfr. art. 61.º dos Estatutos.

Não existem, portanto, novidades substanciais nos Estatutos da ERSE quanto às formas de controlo político e jurisdicional desta entidade.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, que alterou o Decreto-Lei n.º 97/2992, de 12 de Abril, limitou-se a manter, no geral, o disposto na lei anterior. Não se aproveitou, assim, esta oportunidade para, designadamente, conferir maior legitimidade democrática à ERSE através da aprovação dos seus estatutos por lei aprovada pela Assembleia da República, tendo-se optado, ao invés, por manter a forma de decreto-lei, no âmbito da competência legislativa do Governo, à semelhança do que já havia acontecido com o Decreto-Lei n.º 97/2002 ⁽¹³⁷⁰⁾.

Aliás, o controlo político da Assembleia da República não deixa de ser bastante circunscrito, sobretudo se comparado com idêntico controlo da parte do Governo, resumindo-se praticamente à mera fiscalização do relatório anual, elaborado pela ERSE, e à intervenção, esporádica, da comissão parlamentar respectiva no âmbito de audições aos membros do Conselho de Administração da ERSE.

Poder-se-ia, no entanto, ter aproveitado para contrabalançar o controlo exercido pelo Governo, nomeadamente em matéria de nomeação dos membros do Conselho de Administração, repartindo-se a competência daquele órgão de soberania nesta matéria com a Assembleia da República. Deste modo, uma hipótese teria sido permitir à Assembleia da República que sancionasse a escolha feita pelo Governo, com o que se reduziria, substancialmente, a possibilidade de os membros do Conselho de Administração da ERSE poderem ser pessoas da confiança (política) do Governo ⁽¹³⁷¹⁾.

Porém, e na ausência destas alterações ou de outras do mesmo género, o mais importante é garantir que o controlo exercido sobre a actividade regulatória da ERSE é suficientemente efectivo para, sem pôr em causa a independência desta entidade, assegurar a existência de um quadro regulatório objectivo.

Em causa está, assim, um complexo jogo de equilíbrios que implicará um escrutínio permanente de todos os envolvidos.

⁽¹³⁷⁰⁾ Refira-se, no entanto, que de acordo com a proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo se passa a prever que a sua criação feita por lei da Assembleia da República, sob proposta do Governo, continuando a caber, no entanto, ao Governo definir e aprovar os seus estatutos (cfr. art. 7.º da proposta de lei n.º 132/XII (2.ª), publicada no Diário da Assembleia da República de 14 de Março de 2013).

⁽¹³⁷¹⁾ Vai neste sentido, porém, a proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes que prevê, no seu art. 17.º, que os membros do Conselho de Administração das entidades reguladoras são designados por Resolução do Conselho de Ministros, após audição da comissão competente da Assembleia da República (cfr. proposta de lei n.º 132/XII (2.ª), publicada no Diário da Assembleia da República de 14 de Março de 2013)

4. Qual o futuro da regulação do sector da energia em Portugal? Análise crítica.

Na impossibilidade natural de podermos antecipar o futuro, resta-nos, porém, encerrar o exame do caso de estudo da energia com algumas notas sobre aqueles que podem ser, em nossa opinião, os principais desafios com que a regulação do sector da energia terá de lidar, nos tempos mais próximos, em Portugal.

Desde logo, parece não haver dúvidas de que o maior desafio que o sector enfrenta, neste momento, é a abertura completa do mercado.

Com efeito, o fim das tarifas reguladas de venda de energia constitui ainda uma incógnita, sendo difícil prever como se irá comportar o mercado, especialmente o mercado retalhista dos pequenos e médios consumidores, num contexto que conta, à partida, com várias condicionantes.

Uma dessas condicionantes, e porventura uma das mais importantes, é o facto de se tratar de mercados em que a procura (de electricidade e de gás natural) não é elástica, o que condiciona, desde logo, o seu funcionamento.

À parte este obstáculo, que está relacionado com as próprias características dos bens e serviços a transacionar e em relação ao qual pouco ou nada se pode fazer, existem outros que também têm consequências ao nível da formação dos preços, com repercussões directas não só nos consumidores domésticos, mas também no desenvolvimento da capacidade industrial e respectiva competitividade dos produtos e das empresas portuguesas no exterior. Nestes casos, porém, trata-se de obstáculos ou entraves que podem ser minorados ou mesmo eliminados com uma adequada regulação.

Será o caso, entre outros, do elevado grau de concentração ainda existente nos mercados grossistas e de retalho de electricidade e de gás natural, da falta de transparência nalguns procedimentos regulatórios, bem como das dificuldades na mudança de comercializador que ainda impedem o exercício de um efectivo direito de escolha da parte dos consumidores ou mesmo da falta de informação que ainda se verifica, da parte dos consumidores, em relação aos seus direitos.

Com efeito, e em particular em relação a estes dois últimos aspectos, permanece por aprovar o regime, bem como a constituição do operador logístico de mudança de comercializador, o que constitui uma lacuna grave, sobretudo, num momento em que se espera um aumento significativo da oferta.

Os principais problemas que se colocam à implementação de um verdadeiro mercado de energia verificam-se, sobretudo, no sector eléctrico, e a montante (na actividade de produção de electricidade). Referimo-nos aos custos para a manutenção

do equilíbrio contratual (CMEC's), aos sobrecustos com os contratos de aquisição de energia (CAE's) ainda em vigor, às garantias de potência e às tarifas verdes (energia renovável) que, no seu conjunto, fazem com que o preço da electricidade esteja já determinado para as próximas décadas. Quer isto então dizer que a parcela de electricidade cujo preço é formado em regime de puro mercado no nosso País, neste momento (e nos anos mais próximos), é praticamente insignificante.

Deste modo, e não obstante os esforços desenvolvidos pelo Governo (impostos pelo Programa de Assistência Económica e Financeira de que Portugal tem estado a beneficiar), como a extinção do regime de garantia de potência e a sua substituição pelo novo regime de atribuição de incentivos à garantia de potência disponibilizada pelos centros electroprodutores ao Sistema Eléctrico Nacional ⁽¹³⁷²⁾, a verdade é que estes aspectos ainda condicionam, e muito, a formação de um verdadeiro mercado de energia (concorrencial) entre nós.

Em relação ao sector do gás natural, o recurso a mecanismos de contratação a longo prazo (os denominados contratos de “take or pay” de longo prazo) continua a dificultar, por sua vez, a transparência e simetria de informação no mercado (grossista).

A liberalização do sector da energia, que se encontra já em fase avançada, poderá, assim, não conduzir necessariamente, pelo menos nesta primeira fase, a uma baixa dos preços da electricidade e do gás natural, não contribuindo, desta forma, para um alívio da factura dos consumidores domésticos, nem para o esperado aumento da competitividade das empresas e indústrias nacionais.

A solução ou as soluções não devem ser, no entanto, apenas procuradas do lado da oferta. Com efeito, paralelamente será também importante avançar com a adopção de medidas que contribuam para uma melhor gestão da procura.

Neste campo, merecem uma referência especial os sistemas inteligentes que, por enquanto, não passam ainda de uma hipótese prevista na lei. Em causa estão sistemas que ajudam os consumidores a planear o seu consumo e a reduzir a procura em horas de pico, com isso ajudando a estabilizar o sistema e a reduzir os preços (menos procura, maior oferta, mais baixo preço), o que, convenhamos, acaba por ser mais barato do que investir em maior capacidade de produção para corresponder a uma procura crescente.

Não temos, portanto, dúvidas de que a única forma de maximizar os efeitos da liberalização será através da regulação.

⁽¹³⁷²⁾ Aprovado pela Portaria n.º 251/2012, de 20 de Agosto.

Com efeito, a “mão invisível” não irá funcionar para tudo e por certo não funcionará em matéria de segurança de fornecimento ou em relação aos monopólios naturais de transporte e de distribuição que requerem o estabelecimento de regras sobre acesso, tarifas de uso, gestão de congestionamentos na rede e planos de investimento de forma a evitar discriminações injustificadas. Da mesma forma, a regulação será também necessária de forma a assegurar a protecção dos pequenos consumidores quanto a qualidade do serviço e cumprimento de obrigações de serviço público ⁽¹³⁷³⁾.

Terá, porém, de se garantir que a regulação não distorce, ela própria, o funcionamento do mercado, criando obstáculos ou entraves desnecessários à livre concorrência, onde esta possa existir. Neste contexto, é essencial generalizar a implementação da análise custos-benefícios das medidas regulatórias, em particular em relação a determinadas medidas que possam vir a ter maior impacto no sector.

Os desafios da regulação do mercado da energia não têm, no entanto, apenas natureza nacional.

Com efeito, as dificuldades na construção do mercado interno de energia, marcado por inúmeros avanços e recuos, acabaram por propiciar o desenvolvimento, em paralelo, de mercados regionais de energia, de que são exemplos, entre nós, o mercado ibérico de electricidade (MIBEL) e o mercado ibérico de gás (MIBGAS) que juntam os mercados de energia português e espanhol.

Os desafios são, neste caso, ainda maiores, uma vez que se torna necessário articular as vontades e os interesses (não raras vezes opostos) de dois Estados diferentes. Ademais, para além dos aspectos políticos, existem também os aspectos técnicos, nomeadamente em termos de interconexões de redes e de ligações que têm de ser harmonizados, o reconhecimento mútuo dos agentes de mercado, já para não mencionar as questões económicas que requerem preços e tarifas semelhantes dos dois lados da fronteira.

Citando VASSILIKI KOUMPLI, podemos dizer que *“para além da regulação, a liberalização para ser efectiva requer tempo, paciência e persistência”* ⁽¹³⁷⁴⁾.

⁽¹³⁷³⁾ Com efeito, de acordo com a Comunicação da Comissão ao Parlamento, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 15 de Novembro de 2012, intitulada “Fazer funcionar o mercado interno de energia”, *“actualmente, as pequenas e médias empresas e os particulares revelam uma maior passividade que os grandes clientes industriais, sendo, assim, prejudicados, uma vez que os diferenciais de preços disponíveis permanecem por explorar. Este facto é atribuível parcialmente à protecção ineficaz dos consumidores, à falta de transparência e à reduzida comunicação da informação prestada, que determina uma baixa satisfação e confiança por parte dos consumidores”* (COM (2012), 663 final, 15 de Novembro, p. 10).

⁽¹³⁷⁴⁾ VASSILIKI KOUMPLI, “Competition Rules or Sector-Specific Regulation for the liberalisation of the European Electricity Markets? With Reference to the English, Greek and

O Autor referia-se à comparação da evolução do processo de liberalização em Inglaterra, na Grécia e na Alemanha, mas o mesmo não deixa de ser também verdade a propósito do processo de construção do MIBEL e do MIBGÁS que tem enfrentado várias dificuldades, agravadas pelas mudanças de Governo e respectivas políticas quer do lado português, quer do lado espanhol.

A regulação do sector da energia em Portugal está a entrar, assim, numa fase que se adivinha altamente desafiante, não só por causa das características particulares do sector que o diferenciam inclusivamente de outros sectores de serviços de interesse económico geral (como a inelasticidade da procura, os elevados investimentos necessários em actividades como a produção, o transporte e a distribuição de energia ou ainda o facto, por exemplo, de a electricidade não ser armazenável), mas também pela necessidade de integração no mercado interno de energia e, a nível regional, no MIBEL e no MIBGÁS e que, no seu conjunto, fazem com que a liberalização neste sector seja um “puzzle” de que ainda não se conhecem todas as peças.

A complexidade das relações e dos interesses envolvidos tornam, assim, a regulação deste sector uma tarefa metódica, quase cirúrgica, em que todos os aspectos têm de ser devidamente ponderados e avaliados com a maior antecipação possível, e que por isso mesmo se revela, neste momento, em que a liberalização do sector está prestes a entrar numa nova fase, uma tarefa ainda mais aliciante.

CONCLUSÃO

Ponto(s) de chegada...

Menos Estado significa afinal mais Estado?

É com esta interrogação que concluímos o nosso estudo sobre o novo modelo de Estado Regulador e as suas implicações ao nível da evolução recente do Direito Administrativo português.

Com efeito, depois de termos analisado em que consiste este novo modelo de Estado e quais as principais diferenças que o separam dos modelos de Estado Liberal de Direito e de Estado Social, que o antecederam, falta-nos responder à questão de saber se, ao assumir este (novo) papel de regulador, o Estado acaba por ser esvaziado das suas funções (“the hollowing-out of the State”, na expressão inglesa) ou se, pelo contrário, a emergência de um Estado Regulador significa, afinal, uma nova forma de expansão do Estado.

Efectivamente, são vários os indicadores da *retirada de cena* do Estado, todos eles conotados com o novo modelo de Estado Regulador, de que se destaca a redução dos orçamentos públicos, a privatização ou venda de participações de empresas públicas ao sector privado, a redução dos controlos públicos sobre actividades privadas de modo a permitir um funcionamento mais livre do mercado, a multiplicação de autoridades reguladoras independentes ou mesmo os fenómenos de auto-regulação.

Ora, todos estes exemplos têm em comum o facto de envolverem uma redução do sector público que normalmente é associada a um declínio do Estado, pelo menos nos moldes tradicionais em que o conhecemos.

A verdade, porém, é que quer a liberalização, quer a privatização de serviços públicos tradicionais como as comunicações electrónicas, a energia, os transportes ferroviários ou os serviços postais, ao mesmo tempo que implicaram o desmantelamento de grandes monopólios públicos deram lugar ao aparecimento de uma nova forma de intervenção do Estado na economia: a regulação.

Assiste-se, assim, a nível interno, a uma redefinição do Estado ⁽¹³⁷⁵⁾, nomeadamente das suas fronteiras e dos limites da sua actuação, que afecta não só o estilo da sua intervenção, como a forma da mesma (o Estado deixa de ser empresário

⁽¹³⁷⁵⁾ Paralelamente, ocorre igualmente uma redefinição externa do Estado, em termos internacionais e comunitários. Aliás, estas duas esferas (externa e interna) encontram-se muitas vezes ligadas, conforme tivemos oportunidade de verificar quando examinámos os diferentes níveis de regulação (supranacional e nacional) – cfr. Parte II, capítulo 3.1., *supra*.

para passar a ser, cada vez mais, orientador de condutas e de comportamentos), bem como os instrumentos de que este se socorre.

Deste modo, se por um lado o Estado se retrai, por outro expande-se.

O paradoxo é, no entanto, facilmente explicável. Com efeito, a retracção da actividade económica do Estado enquanto produtor e empresário a favor do mercado é compensada pela expansão do seu papel regulador.

Em suma, na expressão de STEVEN VOGEL, “*freer markets, more rules*”⁽¹³⁷⁶⁾.

Assim, após o início da liberalização e da privatização de alguns dos sectores económicos essenciais mais importantes, o Estado não só não desapareceu, como nalguns aspectos reforçou inclusivamente a sua intervenção, consciente do seu papel de último guardião do interesse público neste novo contexto.

Estamos, no entanto, perante uma forma diferente de intervenção pública que deixou de ser essencialmente directa (através de empresas públicas, serviços públicos) para passar a ser, sobretudo, indirecta (assente fundamentalmente na definição do quadro regulador em que os actores económicos devem actuar).

Neste panorama, o difícil agora é encontrar o ponto de equilíbrio entre as forças do mercado (privadas) e o nível óptimo da intervenção pública, de modo a que nem o mercado seja deixado a si mesmo, nem se assista, por outro lado, a uma inflação regulatória, com mais custos do que benefícios para os consumidores.

Finalmente, e em relação às implicações que a mudança do papel do Estado tem ao nível do Direito Administrativo, se bem que o movimento privatizador pudesse indiciar o alargamento da esfera de actuação do Direito Privado, com a consequente retracção do âmbito de actuação próprio do Direito Administrativo, o que se verifica, no entanto, é que *menos Estado* significa afinal não só *mais Estado* (embora seja um Estado diferente), como também um Direito Administrativo diferente.

Com efeito, para além da utilização de instrumentos jurídicos nalguns casos mais flexíveis e não vinculativos (*soft law*), noutros de instrumentos tradicionais mas sob novas “vestes”, este último passa agora a incluir igualmente elementos de Direito Privado, não no sentido habitualmente estudado de utilização de instrumentos de direito privado e de formas de organização jurídico-privadas por entidades públicas, mas de utilização de instrumentos de Direito Privado (elaborados por meros privados) como verdadeiros instrumentos regulatórios.

O Direito Público aproxima-se, por conseguinte, mais do Direito Privado, desfazendo-se algumas das tradicionais fronteiras entre estes dois ramos do direito, o que acaba por ser também um reflexo de uma aproximação ao Direito Administrativo

⁽¹³⁷⁶⁾ STEVEN VOGEL, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1996.

anglo-americano (que, ao contrário do Direito Administrativo franco-germânico, não se centra tanto em demonstrar as suas diferenças para com o Direito Privado).

GEORGES DELLIS refere-se, neste contexto, ao aparecimento de um novo Direito Público, que inclui o direito da regulação dos serviços de utilidade pública, o qual se encontra dissociado do Estado de duas maneiras: por um lado, porque é em grande parte elaborado “fora” do Estado, pelos órgãos da União Europeia e da Organização Mundial de Comércio ou mesmo pelos operadores privados no quadro da auto-regulação; por outro lado, porque é aplicado às relações jurídicas horizontais - entre operadores económicos ou entre prestadores e destinatários de serviços regulados, por exemplo – determinando comportamentos puramente individuais e com isso realizando uma espécie de publicização da iniciativa privada ⁽¹³⁷⁷⁾.

Deste modo, e contra todas as expectativas, em vez de desaparecer, o Estado, neste início do século XXI, transformou-se e com ele transformou-se também o Direito Administrativo, alargando o seu âmbito de actuação para fora do seu campo tradicional, chegando inclusivamente a domínios que até há bem pouco tempo estavam reservados apenas ao Direito Privado.

Desenganam-se, portanto, aqueles que pensavam que, numa época dominada pelo neoliberalismo, o Estado iria retirar-se para dar lugar ao mercado.

Com efeito, se há uma coisa que a revitalização do mercado veio demonstrar foi, precisamente, que hoje, mais do que nunca, o Estado, imbuído do seu novo papel, continua a ser necessário, sobretudo nos sectores dos serviços económicos de interesse geral.

Só temos de aprender a pensá-lo de maneira diferente, o mesmo se aplicando ao Direito Administrativo. Esperamos que este trabalho tenha, de alguma forma, contribuído para isso.

⁽¹³⁷⁷⁾ GEORGES DELLIS, “Régulation et droit public “continental”. Essai d’une approche synthétique”, op. cit., p. 977.

DEZ TESES

DEZ TESES

1. Na última década assistimos a uma mudança do paradigma de intervenção do Estado na actividade económica, em particular no domínio dos tradicionais serviços públicos económicos, tendo-se passado de um Estado Empresário para um Estado Regulador. Esta mudança foi, em grande parte, determinada pelo Direito Comunitário (hoje Direito da União Europeia), sendo mais remotamente inspirada no modelo americano de intervenção pública na economia.
2. A mudança de modelo de Estado está na origem, por sua vez, de um outro fenómeno que é o da convergência entre os sistemas administrativos de inspiração franco-germânica e os sistemas administrativos de raiz anglo-americana, traduzida sobretudo na aproximação dos primeiros aos segundos, o que desafia, desde logo, a ideia de que são os sistemas administrativos franco-germânicos (historicamente mais antigos e também mais robustos) que influenciam os sistemas administrativos anglo-americanos.
3. Existe, porém, um modelo europeu próprio de regulação de serviços económicos de interesse geral que se distingue do modelo americano. Este modelo caracteriza-se, sobretudo, pela combinação de valores económicos (como a defesa da concorrência e a procura da eficiência económica) com valores sociais (como o serviço universal e a garantia da regularidade e da continuidade da prestação do serviço) e pela existência de dois níveis de reguladores, um supranacional e outro nacional.
4. A regulação, convertida em nova função administrativa por excelência, dá, assim, lugar ao aparecimento de um novo Direito Administrativo que se manifesta não só através da institucionalização de novas formas de regulação (auto-regulação e co-regulação) e do aparecimento de um Direito mais flexível e mais informal (*soft law*), mas também através da renovação das tradicionais formas de exercício da actividade administrativa (regulamento, acto e contrato administrativo) e do esbatimento das fronteiras entre Direito Público e Direito Privado.

5. Em particular, e em relação ao regulamento administrativo, verifica-se, neste novo cenário, um alargamento da esfera de acção dos regulamentos independentes (inclusivamente para o domínio das escolhas primárias da colectividade) e consequente compressão da esfera da lei, o que se fica a dever não só à reconhecida maior capacidade técnica e científica das autoridades reguladoras independentes (e manifesta impreparação dos Parlamentos para lidar com questões regulatórias), mas também à superação da tradicional dicotomia entre política e técnica.
6. Quanto ao acto administrativo, a privatização de actividades até aqui consideradas públicas, obriga a repensar os tradicionais critérios de distinção entre as figuras da autorização, da licença e da concessão, levando à adopção de um novo critério que, em vez de partir da natureza jurídica da actividade implicada em cada um destes actos, tem em consideração a existência de uma actividade concorrencial ou de uma actividade não concorrencial.
7. Finalmente, em relação ao contrato, assistimos ao aparecimento de uma nova figura: os contratos regulatórios. Em causa está um instrumento regulatório que tanto pode ser de Direito Público, como de Direito Privado, uma forma de hetero-regulação pública, como uma forma de auto-regulação privada sujeita a regulação pública.
8. Assim, e ao contrário do que se poderia pensar, a mudança do papel do Estado (de empresário e gestor para regulador) ao invés de significar uma diminuição da sua intervenção na economia, significa antes uma forma diferente de intervenção pública, a qual tem reflexos quer ao nível das técnicas administrativas, quer dos institutos jurídicos tradicionais do Direito Administrativo.
9. A evolução recente do Direito Administrativo fica, deste modo, marcada, fundamentalmente, quer pelo desafio de encontrar novas formas de actuação para as entidades públicas (mais flexíveis, menos intrusivas, mais negociadas) que não representem, elas próprias, um obstáculo ao funcionamento normal do mercado, quer pela constatação da existência de uma nova função do Direito Administrativo.

10. Com efeito, a ideia do Direito Administrativo como um direito vocacionado para a estabilização das relações jurídicas administrativas, na vertente de protecção dos interesses privados, está hoje definitivamente posta em causa. No novo quadro jurídico, e no âmbito do exercício da nova função administrativa que é a regulação, o Direito Administrativo assume-se, antes, como um direito orientador, supervisor, fiscalizador de condutas privadas que interessam à colectividade, o que obriga a repensar, num contexto de mercado sujeito a permanente evolução, a relação existente entre o princípio da prossecução de interesses públicos “actuais” e os princípios da estabilidade das relações administrativas e da segurança jurídica, na sua vertente de protecção da confiança, conduzindo a um predomínio do primeiro sobre os segundos.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, EDUARDO PAZ FERREIRA (organização), Almedina, Coimbra, 2000

AAVV, *Towards a Liberal Utopia?*, PHILIP BOOTH (editor), 2.^a edição, IEA, Institute of Economic Affairs, London, 2006

ACKERMAN, BRUCE, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, volume 113, 2000, pp. 633-700

AFONSO VAZ, MANUEL, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*, 4.^a edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1998

ALEXY, ROBERT, *Teoría dos Los Derechos Fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

ALVES, NUNO PERES, “Direito Administrativo das Telecomunicações”, in AAVV, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume V, PAULO OTERO / PEDRO GONÇALVES (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 283-424

ALVES CORREIA, FERNANDO, *Manual de Direito do Urbanismo*, volume I, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2004

AMAN Jr., ALFRED C., “Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volume 10, 2003, pp. 125-155

AMATO, GIULIANO / LAUDATI, LARAINÉ, “The Protection of Public Interests and Regulation of Economic Activities”, in AAVV, *The Europeanisation of law. The legal effects of European Integration*, FRANCIS SNYDER (editor), Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2000, pp. 141-161

ANDERSON, JAMES E., *The Emergence of the Modern Regulatory State*, Public Affairs Press, Washington, DC, 1962

APOLINÁRIO, MARISA, “A regulação do sector do gás natural em Portugal: presente e futuro”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, JOSÉ LEBRE DE FREITAS / RUI PINTO DUARTE / ASSUNÇÃO CRISTAS / VITOR PEREIRA DAS NEVES/ MARTA TAVARES DE ALMEIDA (editores), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 231-258

ARAÚJO, FERNANDO, *ADAM SMITH – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Almedina, Coimbra, 2001

ARAÚJO, J. FILIPE, “Tendências Recentes de Abordagem à Reforma Administrativa”, *Revista Portuguesa de Administração e Políticas Públicas*, volume I, n.º 1, 2000, pp. 38-48

ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, in AAVV, *El nuevo servicio público*, GASPAR ARIÑO ORTIZ (coordinador), Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17-54

- *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 3.ª edición ampliada, Comares, Granada, 2004
- “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, volume 182, mayo/agosto 2010, pp. 9-37

ARMSTRONG, MARK, “Regulation and inefficient entry: economic analysis and the British experience”, in AAVV, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001, pp. 151-170

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, “Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 259-293

- “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Novembro/Dezembro 2007, pp. 3-16
- *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012

AUDRETSCH, DAVID B., *The Market and The State. Government Policy Towards Business in Europe, Japan and the United States*, New York University Press, New York, 1989

AUTIN, JEAN-LOUIS, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de regulation”, *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 1988, pp. 1213-1227

- “Reflexions sur l'usage de la regulation en Droit Public”, in AAVV, *La Regulation entre droit et politique*, MICHEL MIALLE (editor), editions l' Harmattan, Paris, 1995, pp. 43-55
- “Le devenir des autorités administratives indépendantes”, *Révue Française de Droit Administratif*, année 26, septembre-octobre 2010, pp. 875-883

BAGLEY, NICHOLAS / REVESZ, RICHARD, “Centralized oversight of the Regulatory State”, *Columbia Law Review*, 2006, pp. 1260 -1329

BALDWIN, ROBERT, “Regulation: After “Command and Control”, in AAVV, *The Human Face of Law. Essays in Honour of Donald Harris*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 65–84

- “Is better regulation smarter regulation?”, *Public Law*, Autumn 2005, pp. 485-511
- “Better Regulation: the Search and the Struggle”, in AAVV, *The Oxford Handbook of Regulation*, ROBERT BALDWIN / MARTIN CAVE / MARTIN LODGE (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 259-278

BALDWIN, ROBERT / CAVE, MARTIN *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999

BALDWIN, ROBERT / CAVE, MARTIN / LODGE, MARTIN, "Introduction: Regulation – the Field and the Developing Agenda", in AAVV, *The Oxford Handbook of Regulation*, ROBERT BALDWIN / MARTIN CAVE/ MARTIN LODGE (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 3-16

BAPTISTA MACHADO, JOÃO, "Lições de Introdução ao Direito Público", in JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, volume II, *Scientia Iuridica*, Braga, 1993, pp. 203-448

- "A Hipótese Neocorporativa", in JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, volume II, *Scientia Iuridica*, Braga, 1993, pp. 449-465

BARDACH, EUGENE / KAGAN, ROBERT A., *Going by the book. The problem of regulating unreasonableness*, Temple University Press, Philadelphia, 1982

BARNARD, CATHERINE, "Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware?", *European Law Review*, volume 25, n.º 1, 2000, pp. 57-78

BARROS, PEDRO PITA, "Relação entre Autoridade da Concorrência e Autoridades Sectoriais", in AAVV, *Concorrência. Estudos*, ANTÓNIO GOUCHA SOARES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (coordenação), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 153-173

BARTEL, ANN P. / THOMAS, LACY GLENN, "Direct and Indirect Effects of Regulation: a new look at OSHA's impact", *Journal of Law and Economics*, volume 28, April, 1985, pp. 1-25

BARTHEZ, ANNE SOPHIE, "Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes", in AAVV, *Le Droit Souple. Journées nationales*. Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, pp. 59-73

BARTON, BARRY, "The Theoretical Context of Regulation", in AAVV, *Regulating Energy and Natural Resources*, BARRY BARTON/ LILA K. BARRERA-HERNÁNDEZ / ALASTAIR R. LUCAS / ANITA RONNE (editores), Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 11-33

BAUER, PAUL, "Don't Panic": A Primer on Airline Deregulation", *Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Review*, 4th Quarter, 1986, pp. 17-24

BECKER, GARY, "A Theory of Competition among pressure groups for political influence", *The Quarterly Journal of Economics*, volume XCVIII, n.º 3, 1983, pp. 371-400

BEER, SAMUEL H., *To make a nation. The rediscovery of American Federalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1993

BELL, JOHN, "Mechanisms for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe", in AAVV, *New Directions in European Public Law*, JACK BEATSON / TAKIS TRIDIMAS (editores), Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 147-167

BELLANTUONO, GIUSEPPE, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, il Mulino, Bologna, 2006

- "The limits of Contract Law in the Regulatory State", *European Review of Contract Law*, volume 6, n.º 2, 2010, pp. 115-142

BELLIDO, ÁNGELLES MAZUELOS, "Soft law: mucho ruido y pocas nueces", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004, pp. 1-40

BERNSTEIN, MARVER H., *Regulating Business by Independent Commission*, reimpressão, Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1977

BHAGWAT, ASHUTOSH, "Institutions and long term planning: lessons from the Californian crisis", *Administrative Law Review*, 2003/55, pp. 95-126

BIGOT, GREGOIRE, "Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif", *Révue Française de Droit Administratif*, n.º 1, janvier-février 2008, pp. 1-6.

BLACK, JULIA, "Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a "post-regulatory" world", *Current Legal Problems*, volume 54, 2001, pp. 103-146

- *Critical Reflection on Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, London, 2002

BLANCO, PAULINA BEATO / URDANBIA, JUAN DELGADO, "Obstáculos a un mercado europeo de electricidad: el conflicto entre liberalización, seguridad de suministro, y libertad de control corporativo", in AAVV, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Económicos*, tomo II, FERNANDO BECKER / JULIÁN MARTÍNEZ-SIMANCAS / LUIS MARÍA CAZORLA / JOSÉ MANUEL SALA (directores), Thomson/Aranzadi, Iberdrola, Navarra, 2009, pp. 845-861

BLANCO DE MORAIS, CARLOS, "As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, pp. 101-154

BOAZ, DAVID, *The Politics of Freedom. Taking on the left, the right and threats to our liberties*, Cato Institute, Washington, DC, 2008

BONNARD, ROGER, *Précis de Droit Public*, 7.^a edição, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1946

BOURGIN, FRANK, *The great challenge: the Myth of Laissez-Faire in the Early Republic*, G. Braziller, New York, 1989

BRAITHWAITE, JOHN, *Regulatory Capitalism: How it works, Ideas for Making it work Better*, Edward Elgar, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA, 2008

BREYER, STEPHEN, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982

- "Afterwords", *Yale Law Journal*, volume 92, n.º 8, July 1983, pp. 1617-1620

- “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, in AAVV, *Public Regulation. New Perspectives on Institutions and Policies*, ELIZABETH E. BAILEY (editor), The MIT Press, Cambridge, MA, 1987, pp. 45-72

BREYER, STEPHEN G. / STEWART, RICHARD B. / SUNSTEIN, CASS / VERMEULE, ADRIAN, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 6.^a edição, Aspen Publishers, New York, 2006

BRUNEKREEFT, GERT, “Regulation and Third-Party Discrimination in the German Electricity Supply Industry”, *European Journal of Law and Economics*, volume 13 (3), 2002, pp. 203-220

BUCHANAN, JAMES, *The limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1975

BUCHANAN JAMES / TULLOCK, GORDON, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 5.^a reimpressão, Ann Arbor Paperbacks, The University of Michigan Press, Michigan, 1974

BUELGA, GONZALO MAESTRO / HERRERA, MIGUEL ANGEL GARCÍA / FORORUIA, EDUARDO VIRGALA, “El mercado europeo de la energia: contradicciones y paradojas” in AAVV, *La construcción del mercado europeo de la energia*, GONZALO MAESTRO BUELGA / MIGUEL ANGEL GARCÍA HERRERA / EDUARDO VIRGALA FORORUIA (editores), Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1-47

BURDEAU, GEORGES, *Traité de Science Politique*, volume VI, 3.^a edição, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987

BUTLER, DAVID ALAN, *Does “Independent” mean “free from influence”? A case study of Federal Regulatory Decision-Making*, Dissertação de Doutoramento, Carnegie-Mellon University, Pittsburgh, 1992

CABRAL DE MONCADA, LUIS, *A Empresa Pública e o seu regime jurídico. Aspectos gerais*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Queiró, Coimbra, 1986

- *Lei e regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

- “O regulamento independente no Direito Português. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.^a Secção) de 9.10.2008, P. 371/08”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 77, Setembro/Outubro 2009, pp. 16-28

CADILHE, MIGUEL, “Fronteiras das Funções do Estado”, in AAVV, *O Estado no século XXI: redefinição das suas funções*, INA/Tribunal de Contas, Oeiras, 2005, pp. 29-47.

CAETANO, MARCELLO, “Tendências do Direito Administrativo Europeu”, in MARCELLO CAETANO, *Estudos de Direito Administrativo*, Ática, Lisboa, 1974, pp. 429-456.

- *Manual de Direito Administrativo*, volume I, 10.^a edição (7.^a reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001

CALVÃO, FILIPA URBANO, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo. Sua natureza e admissibilidade. As garantias do particular*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998

- “Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, pp. 33-43

CALVÃO DA SILVA, JOÃO NUNO, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008

CARBAJALES, MARIANO, *El Estado Regulador – Hacia un nuevo modelo de Estado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006

CARDOSO, JOSÉ LUCAS, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

CASSESE, SABINO, “La maitrise des entreprises du secteur public”, in AAVV, *Les Entreprises du Secteur Public dans les Pays de la Communauté Européenne*, Institut Européen d’Administration Publique, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 575-590

- “Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomia privata”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000 (2), pp. 389-394
- *La crisis del Estado*, tradução de Pascual Caiella e Juan González Moras, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003
- “Tendenze e problemi del Diritto Amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004 (4), pp. 901-912
- *Global Administrative Law. Cases and Materials*, University of Rome “La Sapienza”, Public Law Institute, Rome, 2006

CASTIELLA, IÑIGO DEL GUAYO, “La regulación Económica como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 130, 2006, pp. 227-255

- *Tratado de Derecho del Gas Natural*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010

CAUPERS, JOÃO, “Sobre o Estado do Estado”, in AAVV, *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 265-274

- *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.^a edição, Âncora Editora, Lisboa, 2009

CHEVALLIER, JACQUES, “Les Politiques de Déréglementation”, in AAVV, *Les Déréglementations. Etude Comparative*, Institut Français des Sciences Administratives, Economica, Paris, 1988, pp. 11-46

- "De quelques usages du concept de régulation", in AAVV, *La Regulation entre droit et politique*, MICHEL MIAILLE (editor), editions l' Harmattan, Paris, 1995, pp. 71-93

- "L' État Régulateur", *Revue Française d' Administration Publique*, n.º 111, 2004, pp. 473-482

- *L' État post-moderne*, 3.^a edição, LGDG Lextenso editions, Paris, 2008

CLAMOUR, GUYLAIN, *Intérêt general et concurrence (Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché)*, Dalloz, Paris, 2006

COEN, DAVID / THATCHER, MARK, "Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies", *Journal of Public Policy*, volume 28 (1), 2008, pp. 49-71

COGLIANESE, CARY, "Empirical Analysis and Administrative Law", *University of Illinois Law Review*, 2002 (4), pp. 1111-1138

COLLINS, HUGH, "Regulating contract law", in AAVV, *Regulating Law*, CHRISTINE PARKER / COLIN SCOTT / NICOLA LACEY / JOHN BRAITHWAITE (editores), Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 13-32

COMELA, ROSA, *Multi-level governance and Democracy in the European Union: citizenship, political Community and the Regulatory Administrative State*, Harvard Law School Doctoral Dissertation, Cambridge, MA, 2004

CONFRARIA, JOÃO, *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005

CORSO, GUIDO, "Attività económica privata e *deregulation*", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998 (3), pp. 629-643

COSTA SANTOS, JORGE, *Bem-estar social e Decisão financeira*, Almedina, Coimbra, 1993

COTTIER, B., "Les "Independent agencies" américaines", *International Review of Administrative Sciences*, volume 51, n.º 2, 1985, pp. 143-165

COUTINHO DE ABREU, JORGE, *Definição de Empresa Pública*, Separata do volume XXXIV do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1990

CRAIG, PAUL, *EU Administrative Law*, Academy of European Law, European University Institute, volume XVI/1, Oxford University Press, Oxford, 2006

- *Administrative Law*, 6.^a edição, Sweet & Maxwell, London, 2008

CROLEY, STEVEN P., "Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process", *Columbia Law Review*, volume 98 (1), 1998, pp. 1-169

- *Regulation and Public Interests: the possibility of good regulatory government*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2008

CUSTOS, DOMINIQUE, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", *American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, pp. 615-640

DARNACULLETA I GARDELLA, M. MERCÈ, *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005

DAWSON, MARK, *Soft Law and the rule of law in the EU: revision or redundancy*, European University Institute Working Papers, Florence, 2009

- "The ambiguity of social Europe in the open method of co-ordination", *European Law Review*, volume 34, n.º 1, 2009, pp. 54-80

DE BECHILLON, DENYS, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *Révue Française de Droit Administratif*, année 8, janvier-fevrier 1992, pp. 15-35

DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999

DE SHAZO, J. R. / FREEMAN, JODY, "Public Agencies as lobbyists", *Columbia Law Review*, volume 105 (8), 2005, pp. 2217-2309

DEAKIN, SIMON / BROWNE, JUDE, "Social Rights and Market Order", in AAVV, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*, TAMARA K. HERVEY / JEFF KENNER (editores), Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 27-43.

DEBBASCH, CHARLES, "Le Droit Administratif face a l'evolution de l'Administration française", in AAVV, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, pp. 343-354

DELLIS, GEORGES, "Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique", *Revue du Droit Public*, 2010 (4), pp. 956-979

DEMSETZ, HAROLD, "Why Regulate Utilities?", *Journal of Law and Economics*, volume XI, April 1968, pp. 55-65

DERTHICK, MARTHA / QUIRK, PAUL J., *The Politics of Deregulation*, The Brookings Institution, Washington, DC, 1985

DESDENTADO DAROCA, EVA, *La Crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, tirant lo blanch, Valencia, 1999

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito Administrativo*, 18.^a edição, Editora Atlas, SA, São Paulo, 2005

DINIS DE AYALA, BERNARDO, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lex, Lisboa, 1995

DOHMS, RUDIGER, "The development of a competitive internal energy market in the European community", *Connecticut Journal of International Law*, volume 9 (3), 1994, pp. 805-856

DOURADO, ANA PAULA, *O princípio da legalidade fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, Coimbra, 2007

DU MARAIS, BERTRAND, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2004

DUARTE, MARIA LUÍSA, “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 370, Novembro 1987, pp. 35-74

- “A Constituição Portuguesa e o princípio da subsidiariedade – da positivização à sua concreta aplicação”, in MARIA LUISA DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias. Direito Comunitário Institucional. União Europeia e Constituição. Direito Comunitário Material*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 107-136

- “A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites”, in AAVV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 779-813

- *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

- *União Europeia. Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*, volume I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011

DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913

DUNLAVY, COLLEEN A., “Bursting through State limits. Lessons from American railroad history”, in AAVV, *The State, Regulation and the Economy. An Historical Perspective*, LARS MAGNUSSON / JAN OTTOSSON (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2001, pp. 44-60

EADS, GEORGE C. / FIX, MICHAEL, *Relief or Reform? Reagan’s Regulatory Dilemma*, The Urban Institute Press, Washington, DC, 1984

EBERLEIN, BURKARD, *Regulating Public Utilities in Europe: mapping the problem*, European University Institute Working Papers, Centre Robert Schuman, RSC, 98 (31), Florence, 1998

- “L’État régulateur en Europe”, *Revue Française de Science Politique*, volume 49, n.º 2, 1999, pp. 205-230

EBERLEIN, BURKARD / GRANDE, EDGAR, “Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory State”, *Journal of European Public Policy*, volume 12 (1), 2005, pp. 89-112

EDERVEEN, SJEF/ GELAUFF, GEORGE / PELKMANS, JACQUES, “Assessing Subsidiarity”, in AAVV, *Subsidiarity and Economic Reform in Europe*, GEORGE GELAUFF/ ISABEL GRILO / ARJAN LEJOUR (editores), Springer, Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008, pp. 19-40

EDGAR, FRANK A., *The Essential facilities doctrine and public utilities*, Idaho Law Review, volume 29, 1992/1993, pp. 283-311

EISNER, MARC ALLEN, *Regulatory Politics in Transition*, 2.^a edição, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 2000

EISNER, MARC ALLEN / WORSHAM, JEFF / RINGQUIST, EVAN J., *Contemporary Regulatory Policy*, 2.^a edição, Lynne Rienner Publishers, London, 2006

ERNEST, JOHN, *Whose utility? The social impact of public utility privatization and regulation in Britain*, Open University Press, Milton, 1994

ESTELLA, ANTONIO, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford University Press, Oxford, 2002

ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999

- “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de Libros)”, Revista de Administración Pública, volume 183, septiembre-diciembre 2010, pp. 295-307

ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO, “A Publicidade, o Notariado e o Registo Público de Direitos Privados”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, 61, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 471-530

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990

- *A Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1996
- “Concessão de serviços públicos – que futuro?”, in AAVV, *VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, JOSÉ LUÍS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ/FAUSTO QUADROS (Coordenadores), *Direito & Justiça*, volume especial, 2005, pp. 21-36

FAUSTO DE QUADROS, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999

- *Direito da União Europeia. Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004

FEINTUCK, MIKE, *The Public Interest’ in Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, Revista de Administración Pública, volume 181, enero-abril 2010, pp. 39-82

FERREIRA DA CUNHA, PAULO, “Do Estado e suas razões”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, volume I, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 75-103

FIDALGO DE FREITAS, TIAGO, “O princípio da proibição de retrocesso social”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 784-850

FIGUEIREDO, ANDRÉ, “A informação difundida no mercado de valores mobiliários e os poderes da CMVM: uma nova dimensão do Direito Administrativo?”, *Trabalhos Jurídicos*, CMVM, Lisboa, 2005

FLIPPEN, E.L. / MITCHELL, A., “Electricity utility restructuring after California”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 23, 2003, pp. 1-18

FORSTHOFF, ERNST, *Traité de Droit Administratif Allemand*, tradução de Michel Fromont, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1969

- “Problemas Constitucionales del Estado Social”, in AAVV, *El Estado Social*, tradução José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 43-67

- “Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho”, in AAVV, *El Estado Social*, tradução José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 69-106

FOSTER, C. O. *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Blackwell, Oxford, 1992

FOX, WILLIAM F., *Understanding Administrative Law*, 5.^a edição, LexisNexis, Newark, 2008

FREEDLAND, MARK, “Law, Public Services, and Citizenship – New Domains, New Regimes?”, in AAVV, *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, MARK FREEDLAND / SILVANA SCIARRA (editores), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 1-34

FREEMAN, JODY, “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, volume 28, 2001, pp. 155-214

FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *As Modernas Empresas Públicas Portuguesas*, s.n., Lisboa, 1971

- *Manual de Introdução ao Direito*, volume I (com a colaboração de RAVI AFONSO PEREIRA), Almedina, Coimbra, 2004

- *Curso de Direito Administrativo*, volume I (com a colaboração de LUÍS FÁBRICA, CARLA AMADO GOMES e J. PEREIRA DA SILVA), 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010

- *Curso de Direito Administrativo*, volume II, (com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL), 2.^a edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011

FRIED, EDWARD R. / TREIZISE, PHILIP H., "The United States in the World Economy", in AAVV, *Setting National Priorities. The Next Ten Years*, HENRY OWEN / CHARLES L. SCHULTZE (editores), The Brookings Institution, Washington, DC, 1976, pp. 167-226

FRIEDMAN, BARRY D., *Regulation in the Reagan-Bush Era. The Eruption of Presidential Influence*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1995

FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, "Les nouveaux champs de la régulation", *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 109, 2004, pp. 53-63

GARCÍA, JOSÉ EUGENIO SORIANO, "El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 150, Abril-Junio 2011, pp. 247-276

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA, "Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest", *Direito e Justiça*, tomo 15, n.º 2, 2001, pp. 71-84

- *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009

GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL SENDÍN, *Hacia un servicio público europeo – El nuevo derecho de los servicios públicos*, Editorial Comares, Granada, 2003

GASPAR, PEDRO PORTUGAL, "As concessões de gás natural – em especial, a actividade de distribuição regional", *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 15/16, Junho /Dezembro 2001, pp. 215-257

GATSIOS, KONSTANTINE / SEABRIGHT, PAUL, "Regulation in the European Community", *Oxford Review of Economic Policy*, volume 5, n.º 2, 1989, pp. 37-60

GAUDEMET, YVES, "Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale", in AAVV, *Regolazione e concorrenza*, GIUSEPPE TESAURO / MARCO D'ALBERTI (direcção), il Mulino, Bologna, 2000, pp. 49-63

- "La Concurrence des Modes et des Niveaux de Régulation. Introduction", *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 109, 2004, pp. 13-16

GAZIN, FABIENNE, "La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services publics", in AAVV, *Service Public et Communauté Européenne: entre l'intérêt général et le marché*, tome 2, ROBERT KOVAR / DENYS SIMON (editores), Actes du Colloque de Strasbourg, 17-19 Octobre 1996, Travaux de la CEDECE, Colloque 1996, Documentation Française, 1998, pp. 49-70

GENTOT, MICHEL, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991

GERADIN, DAMIEN, "The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience", in AAVV, *Regulation Through Agencies in the EU. A*

New Paradigm of European Governance, DAMIEN GERADIN / RODOLPHE MUÑOZ / NICOLAS PETIT (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA, 2005, pp. 215-245

GIANNINI, MASSIMO SEVERO, “Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas”, in AAVV, *La Empresa Pública*, EVELIO VERDERA Y TUELS (direcção), Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bologna, 1970, pp. 101-115

GILARDI, FABRIZIO, *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2008

GLACHANT, JEAN-MICHEL, “La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l’électricité?”, in AAVV, *Les risques de régulation*, MARIE-ANNE FRISON ROCHE (direcção), Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2005, pp. 29-42

GLAESER, EDWARD L. / SHLEIFER, ANDREI, “The rise of the Regulatory State”, *Journal of Economic Literature*, volume XLI, June 2003, pp. 401-425

GLENN, H. PATRICK, “La civilization de la common law”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1993 (3), pp. 559-575

GOMES, CARLA AMADO, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

- “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in AAVV, *Estudos de Contratação Pública*, volume I, PEDRO GONÇALVES (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 519-567

GOMES, JOSÉ OSVALDO, *Expropriações por Utilidade Pública*, Texto Editora, Lisboa, 1997

GOMES CANOTILHO, JOSÉ, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1982

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003

- “”Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais”, in JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 245-268

- “O Estado Garantidor. Claros-Escuros de um Conceito”, in AAVV, *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito.*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES / JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (organizadores), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 571-576

GOMES CANOTILHO, JOSÉ / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.^a edição revista, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010

GONÇALVES, PEDRO, “Revogação”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VII, Lisboa, 1996, pp. 303-325

- *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005

- “Direito Administrativo da regulação”, in AAVV *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 535-573

- “Direito Administrativo da Regulação”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 7-67

- “Organização e Regulação Pública do Sector Eléctrico (em especial, a figura da concessão em contexto de mercado)”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 69-179

- “Regulação das Comunicações Electrónicas”, in PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 181-235

- “As concessões no sector eléctrico”, *Cadernos O Direito*, Temas de Direito da Energia, n.º 3, 2008, pp. 185-214

- “Regulação administrativa e contrato”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 987-1024

GONÇALVES, PEDRO / MARTINS, LICÍNIO LOPES, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in AAVV, *Estudos de Regulação Pública*, volume I, VITAL MOREIRA (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 173-317

GONÇALVES DO CABO, SÉRGIO, *A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes – Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Tribunal de Contas, Lisboa, 1993

- “O Financiamento dos serviços de interesse económico geral no Direito Comunitário”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 677-710

- "Regulação e Concorrência no Sector das Comunicações Electrónicas", in AAVV, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, EDUARDO PAZ FERREIRA/ LUIS SILVA MORAIS/ GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 207-277

GOODNOW, FRANK, *The Principles of Administrative Law of the United States*, The Knickerbocker Press, G. P. Putnam's Sons, New York/London, 1905

GOUVEIA, RODRIGO, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

GRAHAM, COSMO, "Socio-economic Rights and Essential Services: A New Challenge for the Regulatory State", in AAVV, *The Regulatory State: Constitutional Implications*, DAWN OLIVER/ TONY PROSSER / RICHARD RAWLINGS (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 157-177

GRAHAM, JOHN / NOE, PAUL R. / BRANCH, ELIZABETH L., "Managing the regulatory State: the experience of the Bush Administration", *Fordham Urban Law Journal*, volume 33, n.º 4, 2006, pp. 953-1002

GRANDE, EDGAR, "The new Role of the State in Telecommunications: an International Comparison", *West European Politics*, volume 17, n.º 3, July 1994, pp. 138-157

- *The Regulatory State in the European System of Multi-Level Governance*, Munich Ludwig-Maximilians University, Geschwister-Scholl-Institut for Political Science, Paper, Munich, October 2006

GRENFELL, MICHAEL, "Can Competition Law Supplant Utilities Regulation?", in AAVV, *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, CHRISTOPHER McCRUDDEN (editor), Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 220-234

GRILLER, STEFAN / ORATOR, ANDREAS, "Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the *Meroni* doctrine", *European Law Review*, volume 35, n.º 1, 2010, pp. 3-35

GUGLIELMI, GILLES J. / KOUBI, GENEVIEVE, *Droit du Service Public*, Montchrestien, EJA, Paris, 2000

GUNNINGHAM, NEIL / GRABOSKY, PETER, *Smart regulation. Designing Environmental Policy*, reimpressão, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, Oxford, 2004

GUTIÉRREZ, MARIA MATILDE SÁNCHEZ, *La Regulación del Sector del Gas Natural*, tirant lo blanch, Valencia, 2006

HAHN, ROBERT, "The Economic analysis of Regulation: a response to the Critics", *University of Chicago Law Review*, volume 71, 2004, pp. 1021-1054

- "Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the US and Europe", *Journal of International Economic Law*, volume 8 (2), 2005, pp. 473-508

HARBER, HANAN, "Regulating-for-Welfare: a Comparative Study of "Regulatory Welfare Regimes" in the Israeli, British, and Swedish Electricity Sectors", *Law & Policy*, University of Denver, volume 33, n.º 1, January 2011, pp. 116-148

HARLOW, CAROL, "The "Hidden Paw" of the State and the Publicisation of Private Law", in AAVV, *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, DAVID DYZENHAUS / MURRAY HUNT / GRANT HUSCROFT, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. 75-97

HARLOW, CAROL / RAWLINGS, RICHARD, *Law and Administration*, 3.ª edição, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

HARTZ, LOUIS, *The Liberal Tradition in America*, Harvest Book, Harcourt Bran & Company, Orlando, 1991

HAURIOU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.ª edição, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1914

HAYEK, FRIEDRICH A., *La route de la servitude*, 2.ª edição, tradução de G. Blumberg, Presses Universitaires de France, Paris, 1985

HEALD, DAVID, "Will the Privatisation of Public Enterprises Solve the Problem of Control?", *Public Administration*, 63, 1985, pp. 7-22

HÉRITIER, ADRIENNE, "Market integration and social cohesion: the politics of public services in European regulation", *Journal of European Public Policy*, volume 8, 2001 pp. 825-852

HOLMES, STEPHEN / SUNSTEIN, CASS, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York / London, 2000

IBÁÑEZ, SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS, *Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes (Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, Editorial Comares, Granada, 2001

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, *El Derecho Administrativo Europeo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008

JAMIN, CHRISTOPHE, "Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés", in AAVV, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE (dirección), Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2006, pp. 183-196

JEAMMAUD, ANTOINE, "Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu", in AAVV, *Les transformations de la régulation juridique*, JEAN CLAM / GILLES MARTIN (editores), LGDJ, Paris, 1998, pp. 47- 72

JÈZE, GASTON *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Marcel Girard, Paris, 1934

JONES, DOUGLAS N., "Some lessons learned: regulation, deregulation, and reregulation (?)", in AAVV, *Transatlantic Perspectives on Liberalization and Democratic*

Governance, volume I, EBERHARD BOHNE / CHARLES F. BONSER / KENNETH M. SPENCER (editores), LIT, Munster, 2004, pp. 293-304

JORDANA, JACINT/ LEVI-FAUR, DAVID/PUIG, IMMA, "The Limits of Europeanization: Regulatory Reforms in the Spanish and Portuguese Telecommunications and Electricity Sector", *European Integration online Papers*, European Community Studies Association, volume 9, n.º 10, 2005

JOSKOW, PAUL, "California's Electricity Crisis", Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2002-05, Center for Business and Government, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, MA, 2002

- *Deregulation: Where Do We Go From Here?*, The AEI Press, Washington, DC, 2009

KAGAN, ELENA, "Presidential Administration", *Harvard Law Review*, volume 114, 2001, pp. 2245-2282

KEELER, THEODORE E., "Theories of Regulation and the deregulation movement", *Public Choice*, n.º 44, 1984, pp. 103-145

KENNER, JEFF, "Economic and Social Rights in the EU legal order: the Mirage of Indivisibility", in AAVV, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*, TAMARA K. HERVEY / JEFF KENNER (editores), Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 1-25

KEYNES, J. M., *The End of laissez-faire*, Hogarth Press, London, 1926

KING, ROGER, *The Regulatory State in an age of governance: Soft Words and Big Sticks*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2007

KINGSBURY, BENEDICT / KRISCH, NICO / STEWART, RICHARD, "The emergence of Global Administrative Law", *Law & Contemporary Problems*, volume 68, 2005, pp. 15-61

KOHLMEIER Jr, LOUIS M., *Watchdog Agencies and the Public Interest. The Regulators*, Harper & Row, Publishers, New York, 1969

KOOPMANS, TIM, "Globalisation of Administrative Law – The European Experience", in AAVV, *Values in Global Administrative Law*, GORDON ANTHONY / JEAN-BERNARD AUBY / JOHN MORISON / TOM ZWART (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 393-406

KOUMPLI, VASSILIKI, "Competition Rules or Sector-Specific Regulation for the liberalisation of the European Electricity Markets? With Reference to the English, Greek and German Third-Party Access Regimes", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 25, 2007, p. 168-185

LA SPINA, ANTÓNIO / MAJONE, GIANDOMENICO, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000

LABORY, SANDRINE / MALGARINI, MARCO, "Regulation in Europe: Justified Burden or Costly Failure?", in AAVV, *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe*, GIAMPAOLO GALLI / JACQUES PELKMANS (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2000, pp. 81-126

LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS, "Controles Administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", in AAVV, *Impacto de la transposicion de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios 13, Edición 2009-II, pp. 313-328

- "Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 145, enero-marzo 2010, pp. 87-111

- "La aplicación del derecho de la competencia a los servicios de interés económico general", in AAVV, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, JAVIER GUILLÉN CARAMÉS (Director), Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 153-177

LANG, JOHN, "European competition policy and regulation: differences, overlaps, and constraints", in AAVV, *Antitrust and Regulation in the EU and US. Legal and Economic Perspectives*, FRANÇOIS LÉVÊQUE / HOWARD SHELANSKI (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2008, pp. 20-75

LASKI, HAROLD J., *The American Democracy. A commentary and an interpretation*, The Viking Press, New York, 1948

LASSERRE, BRUNO, "Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence", in AAVV, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE (direcção), Presses de Sciences PO et Dalloz, Paris, 2006, pp. 239-251

LAUBADÈRE, ANDRÉ DE / MODERNE, FRANCK / DEVOLVÉ, PIERRE, *Traité des Contrats Administratifs*, volume I, 2.ª edição, LGDJ, Paris, 1983

LAUBADÈRE, ANDRÉ / MODERNE, FRANCK / DEVOLVÉ, PIERRE, *Traité des contrats administratifs*, volume II, 2.ª edição, LGDJ, Paris, 1984

LEGRAND, P., "European Legal Systems are not converging", *International and Comparative Law Quarterly*, volume 45, 1996, pp. 52-81

LEIGHT, JESSICA, "Public Choice: A Critical Reassessment", in AAVV, *Government and Markets. Toward a New Theory of Regulation*, EDWARD J. BALLEISEN / DAVID A. MOSS (editores), Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 213-255

LEITÃO, ALEXANDRA, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002

LEITÃO MARQUES, MARIA MANUEL, "A Constituição Económica Depois da Segunda Revisão Constitucional", *Revista de Direito Público*, ano 5, n.º 9, 1991, pp. 9-33

LEITÃO MARQUES, MARIA MANUEL / MOREIRA, VITAL, “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de serviços públicos”, in AAVV, *O Estado, a Economia e as Empresas*, Economia & Prospectiva, volume II, n.º 3/4, Out. 98/Mar.99, Ministério da Economia, Lisboa, pp. 133-158

LEITÃO MARQUES, MARIA MANUEL / SIMÕES DE ALMEIDA, JOÃO PAULO / FORTE, ANDRÉ MATOS, *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades de regulação sectorial)*, Faculdade de Direito de Coimbra, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

LEITÃO MARQUES, MARIA MANUEL / ALMEIDA, JORGE, “A questão das infra-estruturas essenciais”, in AAVV, *Concorrência. Estudos*, ANTÓNIO GOUCHA SOARES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (coordenação), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 45-70

LEVI-FAUR, DAVID, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, volume 598, March 2005, pp. 12-32

LEVINE, MICHAEL, “Comments and Discussion”, a propósito do artigo de SAM PELTZMAN, “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”, *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, volume 1989, Washington, DC, 1989, publicados no mesmo volume, pp. 42-48

LEVINE, MICHAEL/ FORRENCE, JENNIFER, “Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, volume 6, Special Issue: Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990, pp. 167-198

LEVY, JONAH D., “The State after Statism. From Market Direction to Market Support”, in AAVV, *The State after Statism. New Activities in the Age of Liberalization*, JONAH D. LEVY (editor), Harvard University Press, Cambridge, MA, 2006, pp. 367-393

LOBO, CARLOS, *Sectores em rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, Almedina, Coimbra, 2009

LOGAN, STACEY L. / LEMLEY, MARK A., “Antitrust Law and Regulatory Gaming”, *Texas Law Review*, volume 87 (4), March 2009, pp. 685-729

LOGUE, DENNIS E., “The Strategy for Privatization in the United States”, in AAVV, *Deregulation and Privatization in the United States*, PAUL W. MacAVOY (editor), Hume Papers on Public Policy, volume III, n.º 3, Autumn 1995, The David Hume Institute, Edinburgh University Press, Edinburgh, pp. 88-108

LOMBARD, MARTINE, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *L’ Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2005 (10), pp. 530-540

- “La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en Droit français”, in AAVV, *The Public Law/ Private Law Divide. Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, MARK

FREEDLAND / JEAN-BERNARD AUBY (editores), Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 81-90

LOPES, DULCE, “O nome das coisas: serviço público, serviço de interesse económico geral e serviço universal no Direito Comunitário”, *Revista Temas de Integração*, n.º 15 e 16, 2003, pp. 147 - 229

LOPES PORTO, MANUEL, “Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento”, *Revista de Direito Público e Regulação*, Julho, 2009, pp. 103-120

LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ, “Servicio Público, Servicio Universal y “obligación de Servicio Público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”, in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 249-278

LOWI, THEODORE J., *The End of the Republican Era*, University of Oklahoma Press, Norman / London, 1995

LUHMANN, NIKLAS, *Political theory in the welfare state*, tradução de John Bednarz, Jr., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1990

MACHETE, RUI, “A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente”, in AAVV, *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 1011-1022

- “O domínio público e a rede eléctrica nacional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, pp. 1367-1411

- “O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI”, in RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 279-298

MAGALHÃES COLLAÇO, J., *Concessões de Serviços Públicos*, s. n., Coimbra, 1914

MAIDMENT, RICHARD A., *The Judicial response to the New Deal. The US Supreme Court and economic regulation 1934-1936*, Manchester University Press, Manchester / New York, 1991

MAJONE, GIANDOMENICO, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, *West European Politics*, volume 17 (3), 1994, pp. 77-101

- *La Communauté européenne: un état régulateur*, tradução de Jean-François Baillon, Montchrestien, Paris, 1996

- “Regulation and its modes”, in GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, pp. 9-27

- "Theories of regulation", in GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, pp. 28-45
- "The rise of statutory regulation in Europe", in GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/New York, 1996, pp. 47-60
- "Regulatory legitimacy", in GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London/ New York, 1996, pp. 284-301
- "Nonmajoritarian Institutions and the limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, volume 157, 2001, pp. 57-78
- "Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity", *European Law Journal*, volume 8 (3), 2002, pp. 319-339
- "Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança", in AAVV, *Regulação Económica e Democracia: O Debate Europeu*, Editora Singular, São Paulo, 2006, pp. 1-42
- *Dilemmas of European Integration: The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, 1st edition paperback, Oxford University Press, Oxford, 2009

MAJONE, GIANDOMENICO / LA SPINA, ANTONIO, "Deregulation" e privatizzazione: differenze e convergenze", *Stato e Mercato*, 35, 1992, pp. 249-290

MANNING, D.J., *Liberalism*, reimpressão, J. M. Dent & Sons Ltd, London, Melbourne and Toronto, 1982

MARCOU, GÉRARD, "La notion juridique de régulation", *L' Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2006 (7), pp. 347-353

MARQUES GUEDES, ARMANDO, *A Concessão (Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa), Parte I, Natureza Jurídica da Concessão*, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1954

MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA, "La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos", in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 193-206

MARTINEZ, MARK, *The Myth of the Free Market. The Role of the State in a Capitalist Economy*, Kumarian Press, Sterling, 2009

MARTÍNEZ, SOARES, *Economia Política*, 11.^a edição, revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2010

MAS, JOAQUÍN TORNÓ, "La actividad de regulación", in AAVV, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, volume I, FRANCISCO SOSA WAGNER (coordenação), tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 1329-1342

MASHAW, JERRY, "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions", *Journal of Law, Economics & Organization*, volume 1, 1985, pp. 81-100

- "Reasoned Administration: the European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance", *George Washington Law Review*, volume 76 (1), 2007, pp. 99-124

MASHAW, JERRY L. / MERRIL, RICHARD A. / SHANE, PETER M., *Administrative Law. The American Public Law System*, 6.^a edição, Thomson/West, St. Paul, MN, 2009

MATTEI, UGO, "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volume 10, 2003, pp. 384-448

McCUBBINS, MATHEW / SCHWARTZ, THOMAS, "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire-Alarms", *American Journal of Political Science*, volume 28, 1984, pp. 16-79

McFADDEN, DANIEL, "*California Needs Deregulation Done Right*", *Wall Street Journal*, 13th February 2001

McGARITY, THOMAS O., "The Expanded Debate over the Future of the Regulatory State", *The University of Chicago Law Review*, volume 63, n.º 4, 1996, pp. 1464 - 1532.

McGOWAN, FRANCIS / WALLACE, HELEN, "Towards a European Regulatory State", *Journal of European Public Policy*, volume 3 (4), 1996, pp. 560-576

MELLERAY, FABRICE, "L' imitation de modeles étrangers en droit administratif français", *L' Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2004 (23), pp. 1224-1229

MESCHERIAKOFF, ALAIN-SERGE, *Droit des services publics*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991

MESTRE, JEAN-LOUIS, *Introduction historique au droit administratif français*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985

MILLON-DELSOL, CHANTAL, "Déclin de l' Etat et Subsidiarité", in AAVV, *Au-Delà et en Deçà de l' État-Nation*, CHRISTIAN PHILIP / PANAYOTIS SOLDATOS (direcção), Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 237-255

MIRA AMARAL, LUÍS / DURÃES DOS SANTOS, ANÍBAL, *Privatização e Reestruturação dos Sectores Industrial e Energético*, Estudos DGI – Análise Industrial, Direcção-Geral da Indústria, Lisboa, 1995

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

- *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 8.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *A Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

MITNICK, BARRY M., *The Political Economy of Regulation. Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms*, Columbia University Press, New York, 1980

MOE, TERRY, "Regulatory Performance and Presidential Administration", *American Journal of Political Science*, volume 26, n.º 2, May, 1982, pp. 197-224

MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES, *O Domínio Público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Almedina, Coimbra, 2005

- *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez. Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012

MONTI, GIORGIO, "Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law", *Law, Society and Economy Working Papers* 8/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department, London, 2008

MONTI, MARIO, "Concorrenza e regolazione nell' Unione Europea", in AAVV, *Regolazione e concorrenza*, GIUSEPPE TESAURO/ MARCO D' ALBERTI (directores), il Mulino, Bologna, 2000, pp. 75-86

MOOT, JOHN, "Economic Theories of Regulation and Electricity Restructuring", *Energy Law Journal*, n.º 25, 2004, pp. 273-318

MORAIS, LUIS, "A Função Reguladora e as estruturas de Regulação na União Europeia", in AAVV, *A Europa e os Desafios do Século XXI*, P. PITTA E CUNHA / LUÍS D. SILVA MORAIS (orgs.), Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa / AREP, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 323-340

MORAN, MICHAEL, *The British Regulatory State, High Modernism and hyper-Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2003

MORAN, MICHAEL / PROSSER, TONY, "Introduction: Politics, Privatization and Constitutions", in AAVV, *Privatization and Regulatory change in Europe*, MICHAEL MORAN / TONY PROSSER (editores), Open University Press, Buckingham, 1994, pp. 1-12

MOREIRA, VITAL, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997

- "Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico", in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 223-247

- *Administração Autónoma e Associações Públicas*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

- "Lamentável recuo", in MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES / VITAL MOREIRA, *A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 137-140

- “A metamorfose da constituição económica”, Themis, ano 7, número especial, 2006, pp. 33-47

MOREIRA, VITAL / MAÇÃS, FERNANDA, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

MUDAMBI, RAM, “Introduction: Globalization and the Advance of Markets: twin forces shaping the World Economy”, in AAVV, *Privatization and globalization: the changing role of the state in business*, RAM MUDAMBI (editor), Elgar Reference Collection, Cheltenham, UK, 2003, pp. xiii-xix

MULLER, MARKUS M., *The New Regulatory State in Germany*, The University of Birmingham, University Press, Birmingham, 2002

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y mercado. Los Fundamentos*, volume I, Civitas, Madrid, 1998

- “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, in AAVV, *Derecho de la Regulación Económica. III Sector Energético*, tomo I, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO / MARINA SERRANO GONZÁLEZ / MARIANO BACIGALUPO SAGGESE (editores), Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, iustel, Madrid, 2009, pp. 17-51

NOGUEIRA DE BRITO, MIGUEL, “Sobre a discricionariedade técnica”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXXVI, números 1-2-3, Janeiro-Setembro 1994, pp. 33-100

NOLL, ROGER, comentário ao artigo de SAM PELTZMAN, “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”, Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics, volume 1989, Washington DC, 1989, pp. 48-59

NOLL, ROGER G. / OWEN, BRUCE M., *The Political economy of Deregulation. Interest Groups in the regulatory process*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washigton, DC, 1983

NOZICK, ROBERT, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974

OGUS, ANTHONY, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2004

- “Better regulation, Better enforcement”, in AAVV, *Better Regulation*, STEPHEN WEATHERILL (editor), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 107-122

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição refundida, Almedina, Coimbra, 2011

OSBORNE, DAVID / GAEBLER, TED, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, William Patrick Book, Reading, MA, 1992

OTERO, PAULO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, volume II, Lex, Lisboa, 1995

- *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998

- “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 31-57

- *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003

PAES MARQUES, FRANCISCO, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no *tsunami*”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 325-346

- *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares. Contributo para a sua compreensão substantiva*, Almedina, Coimbra, 2011

PAGE, ALAN, “Self-Regulation: the Constitutional Dimension”, *Modern Law Review*, 49, 1986, pp. 141-167

PALAST, GREGORY / OPPENHEIM, JERROLD / MacGREGOR, THEO, *Democracy and Regulation. How the Public can govern essential services*, Pluto Press, Sterling, Virginia, 2003

- *Democratic regulation: A guide to the control of privatized public services through social dialogue*, Working Paper, International Labour Office, Geneve, May, 2000

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003

PAZ FERREIRA, EDUARDO, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001

- “A Regulação Pública de Actividades Económicas em Portugal”, in AAVV, *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas*, volume II, DÁRIO MOURA VICENTE/ MARSHALL J. BERGER (organizadores), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 13-25

- “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, Janeiro-Março 2010, pp. 31-54

PAZ FERREIRA, EDUARDO / MORAIS, LUIS, “A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral”, in AAVV, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, EDUARDO PAZ FERREIRA/ LUIS MORAIS/GONÇALO ANASTÁCIO (editores), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 6-38

PELTZMAN, SAM, *Toward a More General Theory of Regulation*, Reprint n.º 71, American Enterprise Institute, Washington, DC, 1977 (publicado originalmente no *Journal of Law and Economics*, volume 19, n.º 2, August 1976)

- "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation", Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics, volume 1989, Washington, DC, 1989

PENA, RUI / CARNEIRO PACHECO, MÓNICA / APOLINÁRIO, MARISA, *Legislação do Sector Energético. Volume I – Legislação do Gás Natural. Bases Gerais Comentadas*, Almedina, Coimbra, 2008

PEREIRA COUTINHO, LUIS PEDRO, "Regulamentos independentes do Governo", in AAVV, *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, volume III, JORGE MIRANDA (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 979-1064

- "Notas sobre a alteração das licenças urbanísticas", *Revista do Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, n.º 14/15, 2009, pp. 9-31

PEREIRA DA SILVA, JORGE, "Os direitos sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", *Direito e Justiça*, volume XV, Tomo 2, 2001, pp. 147-163

PEREIRA DA SILVA, VASCO, *O Recurso Directo de Anulação – Uma Acção Chamada Recurso*, Cognitio, Lisboa, 1987

- *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1998
- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2005

PÉRÈS, CÉCILE, "La réception du droit souple par les destinataires", in AAVV, *Le Droit Souple*, Journées nationales, Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, pp. 93-112

PETIT, NICOLAS, "The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion?", in AAVV, *Regulation Through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, DAMIEN GERADIN / RODOLPHE MUÑOZ / NICOLAS PETIT (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA, 2005, pp. 215-245

PIÇARRA, NUNO, "A reserva de Administração", *O Direito*, ano 122, III-IV, Julho-Dezembro 1990, pp. 571-601

PIELOW, JOHANN-CHRISTIAN / EHLERS, ECKART, "Ownership unbundling and constitutional conflict: a typical German debate?", *European Review of Energy Markets*, volume 2 (3), May, 2008, pp. 1-34

PILDES, RICHARD H. / SUNSTEIN, CASS, "Reinventing the Regulatory State", *The University of Chicago Law Review*, volume 62, n.º 1, 1995, pp. 1-129

PINTO, CLÁUDIA, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012

PINTO CORREIA, CARLOS, “As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais”, in AAVV, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, EDUARDO PAZ FERREIRA/ LUIS SILVA MORAIS/ GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 721-736

POSNER, RICHARD, “Theories of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, volume 5, n.º 2, 1974, pp. 335-358

PROSSER, TONY, “Theorizing Utility Regulation”, *Modern Law Review*, 62, 1999, pp. 196-217

- *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, 2005

PROSSER, TONY / GRAHAM, COSMO, “Privatising Nationalised Industries: Constitutional Issues and New Legal Techniques”, *Modern Law Review*, 50, 1987, pp. 16-51

PROSSER, TONY / ADLARD, HELLEN / EBERLEIN, BURKARD / BRITZ, GABRIELE / HERTZMAN, KARSTEN, “Neo-Institutionalist and Collaborative-Rational Approaches to Governance in Services of General Interest: The Case of Energy in the UK and Germany”, in AAVV, *Reflexive Governance. Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, OLIVIER DE SCHUTTER / JACQUES LENOBLE (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, pp. 67-95

PUIG, MANUEL REBOLLO / BENÍTEZ, MARIANO LÓPEZ, “Espagne”, in AAVV, *Droit Administratif et Subsidiarité*, ROBERT ANDERSEN / DIANE DÉOM (direcção), Centre d’ Études Constitutionnelles et Administratives, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 81-124

PUIGPELAT, ORIOL MIR, *Globalización, Estado Y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Thomson/Civitas, Madrid, 2004

QUEIRÓ, AFONSO RORIGUES, “Teoria dos Regulamentos”, 1.ª parte, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVII, números 1-2-3-4, Janeiro-Dezembro 1980, pp. 1-19

QUEIROZ, CRISTINA, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

QUIRK, P. J., *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1981

RADAELLI, CLAUDIO M. / DE FRANCESCO, FABRIZIO, “Regulatory Impact Assessment”, in AAVV, *The Oxford Handbook of Regulation*, ROBERT BALDWIN/ MARTIN CAVE/ MARTIN LODGE (editores), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 279-301

RADAEELLI, CLAUDIO M. / MEUWESE, ANNE C. M., "Better regulation in Europe: Between Public Management and regulatory reform", *Public Administration*, 87, 2009, pp. 639-654

REBELO DE SOUSA, MARCELO / SALGADO DE MATOS, ANDRÉ, *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, tomo I, 2.^a edição, Dom Quixote, Lisboa, 2006

- *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, tomo III, 2.^a edição, Dom Quixote, Lisboa, 2009

REDGWELL, CATHERINE, "International Soft Law and Globalization", in AAVV, *Regulating Energy and Natural Resources*, BARRY BARTON/ LILA K. BARRERA-HERNÁNDEZ / ALASTAIR R. LUCAS / ANITA RONNE (editores), Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 89-107

REIS NOVAIS, JORGE, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lex, Lisboa, 1997

- *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006

- *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Coimbra, 2010

- *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a edição, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Coimbra, 2010

RICHER, LAURENT, "Droit d' accès et service public", *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2006 (2), pp. 73-79

- *Droit des Contrats Administratifs*, 6^a edição, L.G.D.J., Paris, 2008

RIVERO, JEAN, "Hauriou et l' avènement de la notion de service public", in AAVV, *L' Évolution du Droit Public, Études en l' honneur d' Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 461-471

RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Derecho administrativo económico*, 4.^a edição, Marcial Pons, Madrid, 2007

- "La libertad de comercio", *Actas del Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*, 2010

ROBIN DE ANDRADE, JOSÉ, *A revogação dos actos administrativos*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985

- "Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, Julho/Agosto 2001, pp. 37-49

ROJAS, FRANCISCO JOSÉ VILLAR, "Privatización de grandes servicios públicos", in AAVV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-

Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 207-222

ROPPO, VINCENZO, “Privatizzazioni e ruolo del “pubblico”: lo Sato Regolatore”, *Politica del Diritto*, 1997, pp. 627-638

ROQUE, ANA, *Regulação do Mercado: novas tendências*, Quid Iuris?, Lisboa, 2004

ROQUE, MIGUEL PRATA, “O Direito Administrativo Europeu – um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 903-964

ROSANVALLON, PIERRE, *La crisis del Estado Providencia*, tradução de Alejandro Estruch Manjón, Editorial Civitas, Madrid, 1995

ROSE-ACKERMAN, SUSAN, *Rethinking the Progressive Agenda: the reform of the American Regulatory State*, Free Press, New York, 1992

ROSS, MALCOM, “Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?”, *European Law Review*, volume 25, n.º 1, 2000, pp. 22-38

ROUBAN, LUC, “Innovation, Complexité et Crise de l' État Moderne”, *Revue Française de Science Politique*, volume 38, n.º 3, 1988, pp. 325-347

SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 42, 1984, pp. 401-422

- “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, in AAVV, *VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, JOSÉ LUÍS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ / FAUSTO QUADROS (Coordenadores), *Direito & Justiça*, volume especial, 2005, pp. 37-63

- “Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia”, in AAVV, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, JAVIER GUILLÉN CARAMÉS (director), Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2011, pp. 49-59

SALDANHA SANCHES, JOSÉ, “A Regulação: História breve de um conceito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, 2000, pp. 5-22

SÁNCHEZ, RAFAEL CABALLERO, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003

SÁNCHEZ-BORDONA, MANUEL CAMPOS, “La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia”, in AAVV, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, JAVIER GUILLÉN CARAMÉS (Director), Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 87-103

SANTAMARIA PASTOR, JUAN, *Principios de Derecho Administrativo*, volume I, 3.^a edição, Editorial de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2000

- *Principios de Derecho Administrativo General*, volume I, 2.^a edição, iustel, Madrid, 2009

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS / GONÇALVES, MARIA EDUARDA / LEITÃO MARQUES, MARIA MANUEL, *Direito Económico*, 6.^a edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011

SANTOS, VÍTOR, “A regulação do sector energético em Portugal: balanço e novos desafios”, in AAVV, *A Regulação da Energia em Portugal, 1997-2007*, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Lisboa, 2008, pp. 17-26

SAPPINGTON, DAVID E. M. / STIGLITZ, JOSEPH E., “Information and Regulation”, in AAVV, *Public Regulation. New Perspectives on Industries and Policies*, ELIZABETH E. BAILEY (editor), The MIT Press, Cambridge, MA, 1987, pp. 3-43

SARLET, INGO WOLFGANG, “O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, volume I, n.º 4, Julho 2001, pp. 1-22. Acesso disponível em <http://www.direitopublico.com.br>

SARMIENTO, DANIEL, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008

SAURER, JOHANNES, “The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies”, *American University International Law Review*, volume 24 (3), 2009, pp. 429-488

SCHMIDT, SUSANNE, “Commission activism: subsuming telecommunications and electricity under European Competition Law”, *Journal of European Public Policy*, volume 5 (1), 1998, pp. 169-184

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, tradução de Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, José M.^a Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia, Francisco Velasco, Alejandro Huergo, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003

- “La contribution de l’ autorégulation régulée à la systématisation du droit administratif”, *Révue Européenne de Droit Public*, n.º 18, 4, 2006, pp. 1253-1277

SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law. A Casebook*, 4.^a edição, Little, Brown and Company, Boston, 1994

SCHWARZE, JURGEN, “The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States”, in AAVV, *The Europeanisation of law. The legal effects of European Integration*, FRANCIS SNYDER (editor), Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2000, pp. 163-182

SCOTT, COLIN, "Changing Patterns of European Community Utilities Law and Policy: an Institutional Hypothesis", in AAVV, *New Legal Dynamics of European Union*, JO SHAW / GILLIAN MORE (editores), Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 193-215

- "Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory State" in AAVV, *The Politics of Regulation. Institutions and regulatory Reforms for the Age of Governance*, JACINT JORDANA / DAVID LEVI-FAUR (editores), Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2004, pp. 145-174

- *Regulatory Governance and the challenge of constitutionalism*, European University Institute Working Paper, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Private Regulation Series-02, Florence, 2010

SEIDMAN, HAROLD / GILMOUR, ROBERT, *Politics, Position and Power. From the Positive State to the Regulatory State*, 4.^a edição, Oxford University Press, New York, 1986

SENDEN, LINDA, "Soft law, self-regulation and co-regulation in European law: Where do they meet?", *Electronic Journal of Comparative Law*, volume 9.1, January 2005, pp. 1-27

SÉRVULO CORREIA, JOSÉ, *Noções de Direito Administrativo*, Editora Danúbio, Lda., Lisboa, 1982

- "Portugal" in AAVV, *Droit Administratif et Subsidiarité*, ROBERT ANDERSEN / DIANE DÉOM (direcção), Centre d' Études Constitutionnelles et Administratives, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 230-245

- "Acto Administrativo e âmbito da jurisdição administrativa", in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, 61, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1155-1187

- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003

- "O incumprimento do dever de decidir", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, pp. 6-32

- *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lex, Lisboa, 2005

- "Efectividade e Limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos civis", in AAVV, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume 2, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1747-1787

- "Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.^a Secção), de 17.1.2007, P 1068/06", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Julho/Agosto 2008, pp. 32-57

- "Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right", in AAVV, *Values in Global Administrative Law*, GORDON ANTHONY / JEAN-BERNARD AUBY / JOHN

MORISON / TOM ZWART (editores), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 313-361

SHAPIRO, MARTIN, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Richard B. Russell Lectures, Nr. 6, The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1988

- “Codification of Administrative Law: The US and The Union”, *European Law Journal*, volume 2 (1), 1996, pp. 26-47
- “The problem of independent agencies in the United States and the European Union”, *Journal of European Public Policy*, volume 4 (2), 1997, pp. 276-291
- “Two transformations in Administrative Law: American and European?”, in AAVV, *The Europeanisation of Administrative Law: transforming national decision-making procedures*, KARL-HEINZ LADEUR (editor), Ashgate, Dartmouth, 2002, pp. 14-22

SHAPIRO, STUART, “Assessing the Benefits and Costs of Regulatory Reforms: what questions need to be asked”, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, 2007

SHUREN, JEFFREY E., “The modern administrative regulatory state: a response to changing circumstances”, *Harvard Journal on Legislation*, Summer 2001, pp. 291-329

SIDAK, J. GREGORY / SPULBER, DANIEL F., *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract. The Competitive Transformation of Network Industries in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998

SIMONETTI, SANDER, “Two models of last resort supply in the liberalized European Energy Market”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 24, 2006, pp. 559-573

SIRINELLI, JEAN, *Les transformations du droit administratif par le droit de l’union européenne: une contribution à l’étude du droit administratif européen*, LGFJ Lextenso editions, Paris, 2011

SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, s.n., Coimbra, 1955

- *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântica Editora, S.A.R.L., Coimbra, 1969
- *Direito Administrativo*, lições policopiadas, s.n., Coimbra, 1978

SOUSA FRANCO, ANTÓNIO, *Finanças do Sector Público. Introdução aos Subsectores Institucionais (Aditamento de Actualização)*, reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003

- *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, volumes I e II, 4.^a edição, 13.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010

SOUSA FRANCO, ANTÓNIO / D’ OLIVEIRA MARTINS, GUILHERME, *A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993

SPULBER, DANIEL / YOO, CHRISTOPHER, "Mandating Access to telecom and the internet: the hidden side of Trinko", *Columbia Law Review*, volume 107 (8), 2007, pp. 1822-1907

SPULBER, NICOLAS, *Redefining the State, Privatization and Welfare Reform in Industrial and Transitional Economies*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997

STEPHENSON, MATTHEW, "Mixed Signals: Reconsidering the Political Economy of Judicial Deference", *Administrative Law Review*, volume 56, 2004, pp. 657-738

STEWART, RICHARD B., "Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework", *California Law Review*, volume 69, n.º 5, September 1981, pp. 1256-1377

- "U.S. Administrative Law: a model for global administrative law", *Law & Contemporary Problems*, volume 68, 2005, pp. 63 -108

STIGLER, GEORGE J., "Private vice and public virtue", *The Journal of Law & Economics*, volume IV, October 1961, pp. 1-11

- "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, volume 2, n.º 1, Spring 1971, pp. 3-21

STIGLITZ, JOSEPH, "Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation", in AAVV, *Government and Markets. Toward a New Theory of Regulation*, EDWARD J. BALLEISEN / DAVID A. MOSS (editores), Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 13-51

STOFFAES, CHRISTIAN, "The deregulation of network services in the European Union", in AAVV, *European Regulatory Agencies*, GIACINTO DELLA CANANEA (editor), Editions Rive Droite, collection ISUPE, Paris, 2005, pp. 29-49

STRAUSS, PETER L. / SMITH JR., TURNER T. / BERGKAMP, LUCAS, *Administrative law of the European Union. Rulemaking*, GEORGE A. BERMANN/ CHARLES H. KOCH, JR./ JAME T. O'REILLY (editores), ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago, 2008

SUNSTEIN, CASS, "Nondelegation canons", John M. Olin Law & Economics Working Paper n.º 82, Law School, The University of Chicago, Chicago, 1999

- *The Second Bill of Rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Basic Books, New York, 2004

TANGHE, FERNAND, "Au-delà ou en deçà de l'utopie libérale?", *Revue Interdisciplinaire d' Études Juridiques*, 19, 1987, pp. 83-112

TAVARES DA SILVA, SUZANA, *O Sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2008 e discutida em Junho de 2009, inédita

- Texto da conferência sobre “O princípio (fundamental) da eficiência”, proferida no IIIº Encontro de Professores de Direito Público, 15 de Janeiro de 2009, Porto, pp. 1-30

TESKE, PAUL, *Regulation in the States*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2004

- “Trends in State Regulatory Power: Balancing Regulation”, *Spectrum: the Journal of State Government*, Summer 2004, pp. 20-22.

THATCHER, MARK, “Concurrence ou complémentarité? A propos de la délégation de pouvoirs”, *Révue Française d’ Administration Publique*, n.º 109, 2004, pp. 49-52

- “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, volume 18, n.º 3, July 2005, pp. 347-373

THATCHER, MARK / COEN, DAVID, “The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, volume 18, n.º 3, July 2005, pp. 329-346

THIBIERGE, CATHERINE, “Rapport de synthèse”, in AAVV, *Le Droit Souple*, Journées nationales, Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, pp. 141-161

TIMSIT, GERARD, “Le secteur des entreprises publiques en Europe”, in AAVV, *Les Entreprises du Secteur Public dans les Pays de la Communauté Européenne*, Institut Européen d’ Administration Publique, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 11-29

- “Les Deux Corps du Droit. Essai sur la notion de régulation”, *Revue Française d’ Administration Publique*, n.º 78, 1996, pp. 375-394
- “La régulation. La notion et le phénomène”, *Revue Française d’ Administration Publique*, n.º 109, 2004, pp. 5-11
- “Normativité et régulation”, *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 21, 2006, pp. 84-87

TOLLISON, ROBERT, “Regulation and Interest Groups”, in AAVV, *Regulation. Economic Theory and History*, JACK HIGH (editor), Ann Arbor, The University of Michigan Press, Michigan, 1991, pp. 59-76

TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EU Law*, 2.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2006

TRUBEK, DAVID M. / COTTRELL, PATRICK / NANCE, MARK, “Soft Law,” “Hard Law,” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, Jean Monnet Working Paper 02/05, New York University School of Law, New York, 2005

UTRAY, JORGE FABRA, *Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*, Marcial Pons, Madrid, 2004

VASCONCELOS, JORGE, "Postface: design and regulation of EU energy markets – between competition policy and common energy policy", in AAVV, *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, JEAN-MICHEL GLACHANT / FRANÇOIS LÉVÊQUE (editores), Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 325-336

VIBERT, FRANK, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007

VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ, "Autonomia regulamentar e reserva de lei. Algumas reflexões acerca da admissibilidade de regulamentos das autarquias locais em matéria de direitos, liberdades e garantias", in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, Coimbra, 1984, pp. 1-35

- "A "revisão" dos actos administrativos no direito português", *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*, INA, n.º 9/10, Janeiro-Junho 1994, pp. 50-62

- "Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de "acto administrativo" no nosso tempo"; in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, 61, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1189-1220

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009

- "A propósito do regime do contrato administrativo no "Código dos Contratos Públicos"", in AAVV, *Estudos de Contratação Pública*, volume II, PEDRO GONÇALVES (organização), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 7-39

VOGEL, STEVEN, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1996

WADE, WILLIAM / FORSYTH, CHRISTOPHER, *Administrative Law*, 10.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2009

WEATHERILL, STEPHEN, "The Challenge of Better Regulation", in AAVV, *Better Regulation*, STEPHEN WEATHERILL (editor), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 1-18

WEIL, PROSPER, "Le renouveau de la theorie du contrat administratif et ses difficultés", in AAVV, *Mélanges en l' Honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 217 - 227

- *Direito Administrativo*, tradução de Maria da Glória Ferreira Pinto, Livraria Almedina, Coimbra, 1977

WEINGAST, BARRY, "The congressional-bureaucratic system: a principal agent perspective (with applications to the SEC)", *Public Choice*, n.º 44, 1984, pp. 147-191

WEST, EDWIS G., "Adam Smith into the Twenty-First Century", in AAVV, *The Political Economy of the Minimal State*, CHARLES K. ROWLEY (editor), The Locke Institute, Edward Elgar, Cheltenham, 1996, pp. 52-53

WEYMAN-JONES, TOM, "Deregulation", in AAVV, *Privatisation and Regulation. A review of the issues*, PETER M. JACKSON / CATHERINE M. PRICE (editores), Longman, London, 2004, pp. 99-119

WIEGAND, WOLFGANG, "The reception of the American law in Europe", *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 229-248

WIENER, CÉLINE, "L' inflation normative et ses conséquences", in AAVV, *Les Déréglementations. Etude Comparative*, Institut Français des Sciences Administratives, Economica, Paris, 1988, pp. 47-74

WIENER, J. B., "Better Regulation in Europe", *Current Legal Problems*, volume 59, 2006, pp. 446- 518

WILLIAMSON, OLIVER, "Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract: some precautions", *New York University Law Review*, volume 71, 1996, pp. 1007-1020

WILSON, GRAHAM, "Social Regulation and Explanations of Regulatory Failure", *Political Studies*, volume XXXII, 1984, pp. 203-225

WILSON, JAMES Q., "The Politics of Regulation", in AAVV, *The Politics of Regulation*, JAMES Q. WILSON (editor), Basic Books, New York, 1980, pp. 357-394

WINSTON, CLIFFORD, *Government Failure versus Market Failure. Microeconomics Policy Research and Government Performance*, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, DC, 2006

WISHY, BERNARD, *Good-bye, Machiavelli. Government and American life*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1995

WOLAK, FRANK, "Diagnosing the California Electricity Crisis", *Electricity Journal*, volume 16, n.º 7, August/September 2003, pp. 1-19

WOLF Jr, CHARLES, "A Theory of Nonmarket Failure: Framework of Implementation Analysis", *The Rand Paper Series*, California, January 1978

YATAGANAS, XÉNOPHON A., *Delegation of Regulatory Authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies*, Jean Monnet Working Paper 3/01, 2001 (última actualização data de Março de 2002)

ZILLER, JACQUES, "L' interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation", *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 109, 2004, pp. 17-22

- "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l' Union européenne", *Révue Française de Droit Administratif*, année 26, septembre-octobre 2010, pp. 901-906

ZIMMERMAN, JOSEPH F., "Congressional Preemption: Removal of State Regulatory Powers", *PS: Political Science & Politics*, July 2005, pp. 375-378

OUTROS DOCUMENTOS

“The Regulation of British Telecommunications’ Profitability” (Relatório *Littlechild*), London Department of Industry, London, 1983

Livro Branco sobre o Mercado Interno (COM (85) 310 final, de 14 de Junho de 1985)

Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações (COM (87) 290, de 30 de Junho de 1987)

Comunicação da Comissão sobre “O Mercado Interno de Energia” (COM (88) 238 final, de 2 de Maio de 1988)

Livro Branco da Comissão Europeia sobre Política Social (COM (94) 333 final, de 27 de Julho de 1994)

Livro Branco sobre “Uma política energética para a União Europeia” (COM (95) 682 final, de 13 de Dezembro de 1995)

Comunicação da Comissão sobre Serviços de Interesse Geral na Europa (COM (1996) 443 final, de 11 de Setembro de 1996)

Relatório Anual do Banco Mundial “O Estado num Mundo em Transformação”, Publicação do Banco Mundial, tradução portuguesa, 1997

“The OECD Report on Regulatory Reform. Synthesis”, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1997

“Privatizações e Regulação. A Experiência Portuguesa”, publicação do Ministério das Finanças, Direcção-Geral de Estudos e Previsão, Lisboa, 1999

Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em Direito comunitário (Comunicação 2000/C, 121/02, de 29 de Abril de 2000)

Comunicação da Comissão sobre os Serviços de Interesse Geral na Europa (COM (2000) 580 final, de 20 de Setembro de 2000)

Livro Branco da Comissão Europeia sobre a Governança Europeia (COM (2001) 428, de 25 de Julho de 2001)

Report “Stimulating Smarter Regulation”, *Office of Management and Budget* (OMB), 2002

Comunicação da Comissão sobre a Avaliação de Impacto (COM (2002) 276 final, de 5 de Junho de 2002)

Comunicação da Comissão sobre o enquadramento das agências europeias de regulação (COM (2002) 718 final, de 11 de Dezembro de 2002)

Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270 final, de 21 de Maio de 2003)

Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral (COM (2004) 374 final, de 12 de Maio de 2004)

“OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance”, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2005

Relatório “The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators – Issues Paper” elaborado pelo *Global Forum on Competition* da *Organisation for Economic Co-operation and Development*, de 2 de Fevereiro de 2005

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu “Legislar melhor para o crescimento e o emprego na União Europeia” (COM (2005) 97 final, de 16 de Março de 2005)

Legislar melhor: uma explicação simples desta iniciativa, Comissão Europeia, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2006

Comunicação da Comissão sobre as perspectivas para o mercado interno do gás e da electricidade (COM (2006) 841, de 10 de Janeiro de 2007)

Proposta de regulamento da Comissão, apresentada ao Parlamento Europeu e ao Conselho, para a criação de uma Autoridade Europeia para o Mercado das Comunicações Electrónicas (COM (2007) 699 final, de 13 de Novembro de 2007)

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões que acompanha a comunicação “Um mercado único para a Europa do século XXI”, sobre “Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu” (COM (2007) 725 final, de 20 de Novembro de 2007)

European Commission “Impact Assessment Guidelines”, SEC (2009) 92, de 15 de Janeiro de 2009

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu intitulada “Relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade” (COM (2009) 115 final, de 11 de Março de 2009)

“Better Regulation in Europe: an assessment of regulatory capacity in 15 Member States of the European Union. Better Regulation in Portugal”, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2009

Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre “Regulamentação Inteligente na União Europeia”, (COM (2010) 543 final, de 8 de Outubro de 2010)

Comunicação da Comissão sobre “Energia 2020. Estratégia para uma energia competitiva, sustentável e segura” (COM (2010) 639 final, de 10 de Novembro de 2010)

“DeepWater. The Gulf Oil Disaster and the Future of Offshore Drilling”, Report to the President, January 2011 (disponível em <http://www.oilspillcommission.gov/final-report>)

Programa do XIX Governo Constitucional, Presidência do Conselho de Ministros, 2011

Parecer do Comité Económico e Social Europeu (CESC), de 18 de Janeiro de 2012, sobre o “Envolvimento da sociedade civil na criação de uma futura Comunidade Europeia da Energia” (disponível em <http://www.eesc.europa.eu>)

Comunicação da Comissão ao Parlamento, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada “Fazer funcionar o mercado interno de energia” (COM (2012), 663 final, de 15 de Novembro de 2012)

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Parecer n.º 13/80 da Comissão Constitucional, de 13 de Maio, *Pareceres da Comissão Constitucional*, volume 12.º, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1982, pp. 113-114

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 307/88, de 21 de Dezembro

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/93, de 17 de Fevereiro

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/95, de 8 de Novembro

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/99, de 2 de Junho

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001, de 2 de Maio

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002, de 19 de Dezembro

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 1.406/02, de 1 de Julho de 2003

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 289/2004, de 27 de Abril

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, processo n.º C-10/56, de 13 de Junho de 1958 (Acórdão *Meroni*)

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, processo n.º C-320/91, de 19 de Maio de 1993 (Acórdão *Corbeau*)

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, processo n.º C-393/92, de 27 de Abril de 1994 (Acórdão *Almelo*)

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, processo n.º C-203/96, de 25 de Junho de 1998 (Acórdão *Dusseldorp*)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-424/07, de 3 de Dezembro de 2009 (*Comissão Europeia v. República Federal da Alemanha*)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-265/08, de 20 de Abril de 2010

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-171/08, de 8 de Julho de 2010 (processo Portugal Telecom)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-154/09, de 7 de Outubro de 2010

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-280/08 P, de 14 de Outubro de 2010 (Acórdão *Deutsche Telekom*)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-543/08, de 11 de Novembro de 2010 (processo EDP)

JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

Acórdão *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis Trinko* 540 US 398 (2004), de 13 de Janeiro de 2004